This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.

+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.

+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.

+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`

Over dit boek

Dit is een digitale kopie van een boek dat al generaties lang op bibliotheekplanken heeft gestaan, maar nu zorgvuldig is gescand door Google. Dat doen we omdat we alle boeken ter wereld online beschikbaar willen maken.

Dit boek is zo oud dat het auteursrecht erop is verlopen, zodat het boek nu deel uitmaakt van het publieke domein. Een boek dat tot het publieke domein behoort, is een boek dat nooit onder het auteursrecht is gevallen, of waarvan de wettelijke auteursrechttermijn is verlopen. Het kan per land verschillen of een boek tot het publieke domein behoort. Boeken in het publieke domein zijn een stem uit het verleden. Ze vormen een bron van geschiedenis, cultuur en kennis die anders moeilijk te verkrijgen zou zijn.

Aantekeningen, opmerkingen en andere kanttekeningen die in het origineel stonden, worden weergegeven in dit bestand, als herinnering aan de lange reis die het boek heeft gemaakt van uitgever naar bibliotheek, en uiteindelijk naar u.

Richtlijnen voor gebruik

Google werkt samen met bibliotheken om materiaal uit het publieke domein te digitaliseren, zodat het voor iedereen beschikbaar wordt. Boeken uit het publieke domein behoren toe aan het publiek; wij bewaren ze alleen. Dit is echter een kostbaar proces. Om deze dienst te kunnen blijven leveren, hebben we maatregelen genomen om misbruik door commerciële partijen te voorkomen, zoals het plaatsen van technische beperkingen op automatisch zoeken.

Verder vragen we u het volgende:

+ *Gebruik de bestanden alleen voor niet-commerciële doeleinden* We hebben Zoeken naar boeken met Google ontworpen voor gebruik door individuen. We vragen u deze bestanden alleen te gebruiken voor persoonlijke en niet-commerciële doeleinden.

+ *Voer geen geautomatiseerde zoekopdrachten uit* Stuur geen geautomatiseerde zoekopdrachten naar het systeem van Google. Als u onderzoek doet naar computervertalingen, optische tekenherkenning of andere wetenschapsgebieden waarbij u toegang nodig heeft tot grote hoeveelheden tekst, kunt u contact met ons opnemen. We raden u aan hiervoor materiaal uit het publieke domein te gebruiken, en kunnen u misschien hiermee van dienst zijn.

+ *Laat de eigendomsverklaring staan* Het “watermerk” van Google dat u onder aan elk bestand ziet, dient om mensen informatie over het project te geven, en ze te helpen extra materiaal te vinden met Zoeken naar boeken met Google. Verwijder dit watermerk niet.

+ *Houd u aan de wet* Wat u ook doet, houd er rekening mee dat u er zelf verantwoordelijk voor bent dat alles wat u doet legaal is. U kunt er niet van uitgaan dat wanneer een werk beschikbaar lijkt te zijn voor het publieke domein in de Verenigde Staten, het ook publiek domein is voor gebruikers in andere landen. Of er nog auteursrecht op een boek rust, verschilt per land. We kunnen u niet vertellen wat u in uw geval met een bepaald boek mag doen. Neem niet zomaar aan dat u een boek overal ter wereld op allerlei manieren kunt gebruiken, wanneer het eenmaal in Zoeken naar boeken met Google staat. De wettelijke aansprakelijkheid voor auteursrechten is behoorlijk streng.

Informatie over Zoeken naar boeken met Google

Het doel van Google is om alle informatie wereldwijd toegankelijk en bruikbaar te maken. Zoeken naar boeken met Google helpt lezers boeken uit allerlei landen te ontdekken, en helpt auteurs en uitgevers om een nieuw leespubliek te bereiken. U kunt de volledige tekst van dit boek doorzoeken op het web via `http://books.google.com`

Bd. Mar. 1924

HARVARD LAW LIBRARY

Received Jun. 5, 1900

Holland

TWEEËRLEI DOGMA.

TWEEËRLEI DOGMA.

PROEFSCHRIFT

TER VERKRIJGING VAN DEN GRAAD VAN

DOCTOR IN DE RECHTSWETENSCHAP

Aan de Rijks-Universiteit te Utrecht,

NA MACHTIGING VAN DEN RECTOR-MAGNIFICUS

Dr. J. CRAMER,

Hoogleeraar in de Faculteit der Godgeleerdheid,

volgens besluit van den Senaat der Universiteit tegen de bedenkingen van de Faculteit der Rechtsgeleerdheid te verdedigen

op Vrijdag 26 Mei 1893,

des namiddags ten 3½ ure

DOOR

LOUIS MARIE ROLLIN COUQUERQUE,

geboren te Delft.

DEN HAAG
MOUTON & Co.
1893.

906

HARVARD COLLEGE
DEC 19 1893
LIBRARY.
By Exchange.
Transferrde to
Law School
June 2, 1900

Rec. June 5, 1900

Aan mijne Ouders.

INLEIDING.

»Il est plus aisé de dire des choses nouvelles que de concilier celles, qui ont été dites", zegt Vauvenargues en ik geloof, dat hij gelijk heeft. Toch wil ik mijne krachten beproeven en trachten in dit proefschrift door een, naar ik hoop, onpartijdig onderzoek eenige toenadering te doen ontstaan tusschen de voorstanders van beide richtingen, welke prof. Modderman zoo juist tegenover elkaar stelde in den titel van zijn werkje: Wil of vertrouwen. Veel is over de vraag geschreven en steeds was het doel oppositie te vormen en aanhangers te vinden voor het door ieder verdedigd stelsel. Mijns inziens is het noodzakelijk, vóórdat men partij kiest, inzonderheid over eene gewichtige vraag als deze, welke in alle deelen van het privaatrecht ingrijpt, nauwkeurig te onderzoeken, waar iedere richting heenleidt. Op een pandecten-college van prof. Naber werd mijne aandacht voor het eerst op deze question brû-

lante gevestigd. Ik besloot haar aan een nader onderzoek te onderwerpen en uit te werken. Mogen de resultaten, waartoe ik geraakt ben, iets bijdragen tot de oplossing van dit probleem.

HOOFDSTUK I.

Het wilsdogma.

»Dubium non est omnia omnino quae consilio recte geruntur jure meritoque effectu et firmitate niti" [1]): de wil van den mensch is op het gebied van het privaatrecht in staat alle gevolgen in het leven te roepen, binnen de grenzen door het objectieve recht gesteld. Ziedaar de stelling, waarop het wilsdogma gebaseerd is. De wil, de begeerte het een of ander gevolg te weeg te brengen is de kracht, waaraan de staat zijne bescherming heeft toegezegd. »Wat is . . . . (de) wil anders", zegt prof. Opzoomer [2]), »dan de grondslag, de beweegkracht of met welke andere namen men het wensche uit te drukken van het geheele privaatrecht? Waarom geldt de overeenkomst, die ik met u sluit, ons als wet? . . . . Alleen omdat zich hier het samenstemmen

[1]) C. 3 C. 5. 17. Cf. § 1 I. I. 3, L. 4 § 1 D. 40. 2 L. 24 § 8 D. 40. 5 L. 9 § 3 D. 41. 1. § 40. I. II. 1.

[2]) Het B. W. verklaard III. p. 109.

vertoont van twee willen, twee persoonlijkheden, die reeds als zoodanig recht op erkenning hebben" — en elders [1]): »het geheele privaatrecht rust op den wil; in mijn eigen zaken heeft slechts mijn eigen wil te heerschen, niet die van een andere privaatpersoon, aan wie ik door geene enkele rechtsbetrekking onderworpen ben." Heeft iemand dus b.v. een slaaf vrij willen laten, dan wordt die wil door den staat gerespecteerd door te zorgen, dat de slaaf werkelijk vrij wordt, d.i. niet door anderen of door den vrijlater zelf aan hun gezag dienstbaar gemaakt worden kan.

Doch dit inwendig hersenproces is begrijpelijkerwijze niet voldoende. »Je sens, j'ai des sensations, et je sais que je sens et que j'ai telles sensations. Je pense et je sais que je pense et que j'ai telles ou telles pensées; je veux et je sais que je veux et que j'ai telles ou telles volitions; nous ne pouvons sentir, penser et vouloir sans le savoir, sans en être intérieurement avertis, et pour rappeler un adage scolastique: non sentimus, nisi sentiamus nos sentire, non intelligimus nisi intelligamus nos intelligere. Non seulement ces faits nous sont connus intérieurement à mesure qu'ils se produisent, mais encore ils ne sont connus que par nous; nul autre oeil ne pénètre dans notre intérieur; nul autre homme ne sent notre sensation, ne pense notre pensée; notre âme n'a pas de fenêtres pour le regard des autres hommes." [2]) Zal de wil dus gevolgen te weeg bren-

[1]) ibid. VI. p. 200.

[2]) Paul Janet, la psychologie et ses modernes critiques. Rev. d. d. M. 15 juillet 1892 p. 414. In het latijnsche citaat is waarschijnlijk eene fout ingeslopen. Er staat toch: non sentimus nisi sentiamus non sentire, non intelligimus nisi intelligamus non intelligere.

gen, dan dient hij aan de buitenwereld bekend gemaakt te worden. De reden, welke men hiervoor doorgaans opgeeft, is, dat de wil zonder die kenbaarmaking in rechten niet bewijsbaar is en mitsdien geene bescherming door het staatsgezag kan erlangen. Een inwendige wil, zegt men, is onnaspeurbaar; zoodra de kunst is uitgevonden om in iemands gemoed te lezen, kan het dogma in zijne volle kracht optreden, zonder dat men zich behoeft te behelpen met eene verklaring.

Dit argument moge bij oppervlakkige beschouwing eenige waarde bezitten, na eenigszins nauwkeurig onderzoek verliest het die geheel. Is een niet geuite wil in rechte bewijsbaar? Zeer zeker. De bekentenis en de beslissende eed kunnen het bestaan van dien wil voldoende duidelijk maken [1]). Daarin schuilt de noodzakelijkheid van eene wilsverklaring dan ook niet. Want, zoo zegt Eisele [2]), „das Recht ignoriert den innerlich bleibenden Willen deshalb, weil derselbe nicht erkennbar ist; allerdings nicht deshalb, weil er für das Recht nicht erkennbar ist, sondern deshalb, weil er für den Menschen nicht erkennbar ist. Für diese aber muss (er) . . . darum erkennbar sein, weil der . . . Wille . . . auf andere (W)illen einwirken, dieselben irgendwie bestimmen soll. Wie anders aber kann auf den Willen eines Andern eingewirkt werden als durch Erregung von Vorstellungen, die für den Andern Motive werden?" Voor andere menschen moet de wil

---

[1]) Cf. Schlossmann, der Vertrag p. 59, Regelsberger, civil. Erörterungen p. 3.

[2]) Unverbindlicher Gesetzesinhalt, Akad. Progr. Freiburg in Br. 1885 p. 10.

kenbaar gemaakt zijn, daar deze hun wil naar den bestaande moeten richten. De wil geniet op het gebied van het privaatrecht bescherming. Het privaatrecht is daar volgens het dogma geheel op gebaseerd. Die bescherming verleent de staat tegen aanranding door andere personen, d. w. z. de staat belet, dat wat iemand op privaatrechtelijk gebied gewild heeft, later aangetast wordt door den wil van een ander. De wilsverklaring dient dus om zich die prioriteit te verzekeren boven andere willen, welke later mochten ontstaan [1]). Zoodra die prioriteit aanwezig is, zal het de taak van den staat zijn dien w i l te beschermen. Deze toch is het element, dat door de verklaring zich prioriteit verschaft, de verklaring zelve is slechts als middel daartoe te beschouwen. Zonder wil geene verklaring, die eenige beteekenis heeft, maar omgekeerd is zonder die verklaring ook geen wil in staat het gevolg te bereiken, waarop hij gericht is; zonder wil geene w i l sverklaring, maar slechts wils v e r k l a r i n g e n zijn bron van recht [2]).

Daaruit volgt, dat personen, bij wie het vermogen om een wil te vormen ontbreekt, geene rechtsgeldige gevolgen kunnen te weeg brengen. Dit ontbreken kan voortkomen uit den aard der zaak, door gebrekkige

---

[1]) Cf. Opz. B. W. III. p. 111: „ . . . noodwendig moet hier het moment der prioriteit opkomen. Gelijk ik mij niet kan toeeigenen, wat reeds uw eigendom is, zoo kan ik niet rechtsgeldig willen, waarop door uw wil reeds beslag is gelegd. Is de wil grondslag van recht, dan is vanzelf de tweede wil, die in botsing komt met den eersten, reeds vóór hem bestaanden wil, onrecht, onrecht namelijk tegenover dien eersten wil, recht daarentegen, op zijne beurt, tegenover een volgenden wil."

[2]) Cf. bv. L. 16 D. 40.5 L. 3 § 1 D. 41.2. L. 26. D. 39.5.

of onvolkomen ontwikkeling der geestvermogens of, tijdelijk, in toestanden van bewusteloosheid.

Uit den aard der zaak zijn tot het vormen van een wil onbekwaam de zoogenaamde rechtspersonen, d. z. vereenigingen en stichtingen. De natuur gaf het wilsvermogen slechts aan den mensch; eene fictieve persoon, een door de samenleving geschapen lichaam is hiervan, zooals vanzelf spreekt, verstoken [1]). Doch nu het maatschappelijk verkeer een samenwerking van menschen door dergelijke vereenigingen of stichtingen noodzakelijk had geacht, was het niet meer dan natuurlijk, dat die lichamen ook iets praesteeren moesten en daarvoor was onmisbaar een wil. De persoonlijkheid zelve was gefingeerd en nu moest men ook wel een wil fingeeren. Men nam daarom aan, dat de wil van sommige natuurlijke personen aangemerkt zou worden als die van het lichaam [2]).

Door gebrekkige of onvolkomen ontwikkeling der hersenen zijn tot het vormen van een wil niet in staat krankzinnigen [3]), infantes [4]) en, die daar niet veel van verschillen, infanti proximi. Wanneer deze iets verrichten, handelen zij als het ware uit instinct. Paulus stelt een pupillus met een furiosus gelijk [5]),

---

[1]). L. 1 § 22 D. 41.2 L. 2 D. eod. L. un. § 1 D. 38.3 Ulp. 22.5.

[2]) L. 77. D. 35.1. L. 1 § 22 D. 41.2.

[3]) L. 13 D. 40.1. L. 10. D. 40.2. L. 1. § 3 D. 41.2.

[4]) De leeftijd schijnt voor infantes in het vroegere recht niet het kenmerk te zijn geweest Cf. L. 1 § 2 D. 26.7. L. 35 § 3 D 36.1. L. 1 § 13. D. 44.7 L. 70 D, 45.1, L. 6 D. 46.6. L. 5 D. 50.17 welke plaatsen slechts spreken over hen, qui fari non possunt. Later is waarschijnlijk de leeftijd van zeven jaar aangenomen, Cf. c. 18 C. 6.30. Vinnius ad § 9 I. III. 20 Dernburg, Pandekten I § 53[3].

[5]) L. 1 § 3 D. 41.2.

doch bedoelt daar blijkbaar mede een infans [1]). In het algemeen is het kenmerk voor het verrichten eener geldige rechtshandeling door minderjarigen volgens Gaius dan aanwezig, „si eius aetatis sint, ut intellectum capiant [2])".

Evenwel kan men toch met het strikt in acht nemen dezer consequentie, dat verstandelijk gebrekkig ontwikkelde menschen geene geldige rechtshandeling kunnen verrichten, tot onbillijkheden geraken. Stellen wij het volgende geval. Een krankzinnige zendt aan een leverancier eene bestelling per brief. De leverancier accepteert die en legt haar ten uitvoer, onbekend met den persoon des lastgevers en dus met zijn gebrek. Zal men nu dezen leverancier eene actie ontzeggen tot nakoming van de overeenkomst, of, wat hetzelfde is, zal men hier geene overeenkomst aannemen? Prof. Land meent van niet [3]): „de schuldeischer is teleurgesteld, maar gaat het aan hem de schade te laten verhalen op den schuldenaar, die niet of slechts gebrekkig kan handelen, en deze de bescherming te ontnemen, die men op goede gronden begrepen heeft hem te moeten verleenen?" en daarmede volgt genoemde hoogleeraar het wilsdogma. Evenwel meen ik aan de billijkheid dezer oplossing te mogen twijfelen. Dergelijke teleurstelling is niet geoorloofd, is onrechtvaardig, vooral daar ons burgerlijk recht die bescherming

---

[1]) L. 1 § 11 ja § 9 D. eod.

[2]) Gai. III § 107, 109. De bijstand van den voogd doet hiervoor niets ter zake: dat is eene formaliteit, zonder invloed op den wil zelven.

[3]) In het onlangs verschenen derde deel van zijn BW. verklaard, III. 1e stuk p. 158 v.

alleen verleent tegen hen, die van zijn toestand misbruik zouden willen maken [1]): doen zij dit, dan is het verhaal niet rechtmatig en behoort de vordering ontzegd te worden. Was echter de derde te goeder trouw, dan eischt de billijkheid, dat hij de schade verhalen mag en zal dus eene actie uit lastgeving hem niet ontzegd mogen worden. Daarmede laat men echter het wilsdogma los. Dit eischt een ontkennend antwoord: de krankzinnige kon geen wil verklaren, de verklaring, welke hij zond, miste dus het onontbeerlijk element, den wil. Waar zou het heen moeten, als ieder koopman bij elke bestelling, welke hij ontving, moest nagaan of de lastgever ook misschien gekrenkte geestvermogens had [2])? Welk een omslag, welk eene vertraging in het verkeer zou daaruit voortvloeien! Het vertrouwen, dat de verklaring door een daarachtergelegen wil voortgebracht was, rechtvaardigt hier het aannemen van eene overeenkomst.

Tijdelijk is de wil uitgesloten bij bewusteloozen door verschillende omstandigheden zooals door slaap [3]), hoogen graad van dronkenschap [4]), hypnose, toorn [5]), e. a. d.

Boven zagen wij reeds, dat de wilsverklaring alleen werkt krachtens den wil, die zich slechts van dit middel bedient om de prioriteit te verkrijgen boven andere

---

[1]) B. W. 501 »indien de oorzaak der curateele blijkbaar bestond etc." d. w. z. duidelijk was voor hem die met den furiosus handelde. Verkeerd volgens het wilsdogma is hier de vernietigbaarheid, logisch zou er nietigheid moeten aangegeven zijn.

[2]) Zooals L 19. pr. D 50.17 wenscht.

[3]) L. 1 § 3. D. 41. 2.

[4]) c. 7 C. 15. qu. 1.

[5]) L. 48 D. 50. 17, L. 3 D. 24. 2.

willen. Valt dus de wil weg na de verklaring, dan zal die uiting geene verdere gevolgen kunnen te weeg brengen. Wel blijven de gevolgen bestaan, die reeds ingetreden waren, maar voor het vervolg heeft de verklaring geen waarde meer. Dat de wil wegvallen kan, is zeer goed mogelijk. De wil van den mensch is veranderlijk en aan andere storende invloeden onderhevig. Heeft iemand zijn wil verklaard, dan zijn eene verandering van inzicht [1]), het krankzinnig worden [2]) of het overlijden [3]) van den persoon in quaestie oorzaken, waardoor de verklaring ophoudt den jurist, die het wilsdogma aanhangt, eenig belang meer in te boezemen.

Een ander gevolg van de fundamenteele stelling is, dat geen rechtsgevolg intreden kan, hetwelk men voor onmogelijk houdt: daarop kan de wil zich niet richten. Weet iemand niet, dat zekere slaaf zijn eigendom is, dan kan hij hem ook niet vrijlaten; het bezorgen der vrijheid is alleen geoorloofd ten behoeve van eigen slaven: over eens anders goed mag men niet beschikken. Iemand kan dus zijn wil niet richten op het vrijlaten van zijn eigen slaaf, dien hij voor den slaaf van een ander houdt [4]). Toch werd de andere meening ook

---

[1]) Bv. L. 4 pr. D. 40. 2, L 15 § 1 D. 40. 9, L. 6 D. 39. 5. Fragm. Vat. 333: secus L. 1 D. 40. 8. In L 4 pr. D. 40. 2 verwerpt Julianus de consequentie van het wilsdogma »favore libertatis", dus uit billijkheidsgevoel.

[2]) L 6 pr. D. 43, 26.

[3]) L 15 § 1 D. 40. 9, L. 41 D. 12. 1, L 2 § 6 D. 39. 5; secus L 3 D 18. 7., L 4. pr. D 40. 2, Fragm. Vat. 333.

[4]) L. 28. D. 40. 12. Cf. c. 8. c. 9. C. 1. 18. L. 15 § 2 D. 18. 1.

wel aangenomen, natuurlijk met verwaarloozing van het wilsdogma [1]).

Hoe kan de wil verklaard worden? Er zijn twee categorien van verklaringswijzen, welke elk weder verschillende soorten bevatten. De hoofdgroepen worden wel genoemd uitdrukkelijke en stilzwijgende wilsverklaringen. Deze terminologie is m. i. minder gelukkig gekozen. De uitdrukking stilzwijgende wilsverklaring heeft eene dubbele beteekenis. Vooreerst kan het aanduiden eene verklaring, door daden of door het nalaten van eene handeling afgelegd, en ten tweede eene gefingeerde wilsuiting. Beide beteekenissen zijn natuurlijk zorgvuldig uit elkander te houden. De zin er van is geheel verschillend. Hier komt slechts in aanmerking de eerste opvatting en daarvoor zouden wellicht meer aanbeveling verdienen de termen directe en indirecte wilsverklaringen, terwijl voor de tweede beteekenis de termen uitdrukkelijke tegenover stilzwijgende wilsuitingen zouden kunnen blijven dienst doen.

Directe wilsuitingen dan, zijn die verklaringen, welke den wil kenbaar maken door woorden of daarmede in het verkeer gelijkstaande teekenen. Het gesproken woord is natuurlijk de basis dezer groep, als zijnde de meest eenvoudige en de aangewezen weg om den wil kenbaar te maken. Daarbij sluiten zich dan aan het geschreven woord, een hoofdknik enz., allen wijzen om den wil te uiten, die op gelijke lijn staan.

Indirecte wilsuiting geschiedt door daden, waaruit men tot het bestaan van een wil mag besluiten [2]) of,

[1]) L. 4 § 1. D, 40. 2.

[2]) Cf. Joh. Schrassert, consult. en adv. I. 17. §§ 42—45.

gelijk de Romeinsche juristen het uitdrukken «re ipsa» [1]), «rebus ipsis et factis» [2]), «re» [3]), «actu» [4]). Dergelijke indirecte wilsuitingen zijn er in zoo grooten getale, dat het ondoenlijk is alle voorbeelden op te noemen. Bekend zijn o.a. de apprehensio, de pro herede gestio, enz.

Zoowel de directe als de indirecte verklaring zijn werkelijke wilsverklaringen; als zoodanig staan zij tegenover stilzwijgende wilsverklaringen stricto sensu, gefingeerde wilsuitingen, waar niet gevraagd wordt, of er een wil of eene verklaring geweest is, maar die eenvoudig als bestaande aangenomen worden.

Zal eene wilsuiting gevolg hebben, dan moet zij afgelegd zijn met het doel den inhoud kenbaar te maken. Is dit niet geschied, dan heeft geene geldige wilsuiting plaats gehad en kunnen dus geene rechtsgevolgen intreden. Voorbeelden daarvan zijn o. a. de volgende casuspositien. Iemand verklaart zijn wil in een brief, welken hij op weg naar het postkantoor verliest. Een ander vindt het epistel en werpt het in een brievenbus, tengevolge waarvan de adressant den brief ontvangt en overeenkomstig den inhoud de last uitvoert. [5]) Is nu de afzender gehouden de gevolgen te erkennen? Stel, dat hij zich onderweg bedacht heeft, het postkantoor voorbij liep, nog altijd in de meening den brief bij zich te hebben, terwijl hij eerst later door de uitvoering der opdracht bemerkt, dat de brief den adressant buiten zijn

---

[1]) L. 37 pr. D. 36. 1.
[2]) L. 32 § 1 D. 1. 3.
[3]) § 7 I. II. 19. L. 95 D. 29. 2.
[4]) L. 5 D. 46. 8.
[5]) Voorbeeld van O. Karlowa, das Rechtsgeschäft, p. 20.

wil bereikte. Die uitvoering der opdracht komt hem nu zeer te onpas. Zal hij die kunnen weigeren? Volgens het wilsdogma zeker. Evenzoo zal volgens genoemde theorie geen gevolg aan eene wilsverklaring kunnen gegeven worden, wanneer een derde, die toevalligerwijze van het plan des afzenders — welke zich echter bedacht en den brief niet verzonden heeft — vernomen heeft en daarvan mededeeling deed aan den persoon, wien het aanging. [1]) Om dezelfde reden zou eene wisselteekening van den koopman, die, terwijl hij slechts de bruikbaarheid van zijn pen wil beproeven, zijne handteekening plaatst op een vóór hem liggend reepje papier, waarvan hij niet bemerkt, dat het de rugzijde is van eene, reeds in blanco aan hem geendosseerde en ter verzending gereed liggende traite, den endossant geen regresplicht opleggen; werd de wissel door een bediende geexpedieerd en de van zijn endossement onkundige koopman later, na protest van non-betaling, aangesproken met eene wisselactie, eene rechtbank, die het wilsdogma huldigt, zou den eisch moeten ontzeggen op grond dat de «Causalnexus» ontbrak. [2])

Toch zou de billijkheid zeker in de hier eerst- en laatstgenoemde gevallen eene andere oplossing vorderen. Niettegenstaande de verklaring zonder opzet, geheel toevallig afgelegd was en dus geene uiting gaf aan een wil, eischt de billijkheid, dat het vertrouwen van hem wien de verklaring onder de oogen kwam, niet teleur-

---

[1]) Voorbeeld van den zelfden schrijver, t. a. p.

[2]) Voorbeeld van prof. J. P. Moltzer in zijn praeadvies Handel. Ned. Jur. Vereen. 1889 I. p. 142.

gesteld worde. Maar door dit te erkennen verlaat men tevens het wilsdogma, dat dergelijke consequentie niet kan dulden.

Tot hetzelfde resultaat moet men komen, wanneer het hulpmiddel, waarvan men zich bediende bij de wilsuiting, feilbaar is: men verspreekt of verschrijft zich, de bode of de telegraaf brengt onze wilsuiting verminkt of veranderd over. Dan stemt wil en verklaring niet overeen en zou men volgens de leer van den wil alle gevolgen, die de handeling buiten onze bedoeling heeft, mogen wraken. Toch komt het tegendeel voor en men redt zich met argumenten, die op de billijkheid steunen. Iemand draagt een ander op, aan een derde eene schenking uit zijn, des lastgevers, naam te doen. De lasthebber denkt, het is goed riemen snijden van eens anders leder en geeft den derde met een stalen gelaat de gift, zonder meer, alsof hij de schenker ware. Terecht volgt er dan: »quantum ad juris subtilitatem, accipientis (res) facta non est et tu furti obligeris. Sed benignius est, si agam contra eum, qui rem accepit, exceptione doli mali me summoveri." [1]) Benignius est, het is billijker: alleen op dien grond vindt men aanleiding de juris subtilitas, het, men zou bijna zeggen: bekrompen dogma te laten varen.

Een geval, dat met een niet opzettelijk geuiten wil groote gelijkenis vertoont, is eene wilsverklaring door physiek geweld van een ander afgelegd. Veel eer zou men hierbij mogen denken aan eene uiting van den wil des geweldenaars, die zich daartoe van den persoon

---

[1]) L. 25. D. 39. 5.

van den gedwongene als van een werktuig bedient. Vat men iemands arm op het oogenblik dat hij zich beraadt over een koop, welke gesloten zal worden bij handslag, en doet men aldus de hand van dien persoon op de uitgestoken hand des verkoopers neder komen, dan kan hier geen sprake zijn van eene wilsuiting. De wil had zich nog niet gevormd, ja, wellicht op tegengesteld gevolg, dat is, afzien van de overeenkomst gericht. In het met geweld doen neerkomen van de hand van dengene, die zich beraadt over eene wilsuiting, over het plan, of hij zijn wil zal verklaren, kan men met geene mogelijkheid eene wilsverklaring van dien persoon zien.

Boven zagen wij, dat de wil volgens het wilsdogma steeds de factor is, welke de rechtsgevolgen bepaalt. Omgekeerd zullen dus ook slechts die gevolgen in het leven kunnen treden, welke gewild zijn; andere resultaten zijn dogmatisch niet te rechtvaardigen. [1]) In den regel stemmen wil en verklaring overeen, maar er zijn gevallen, waar de wil anders is, dan de verklaring aanduidt, anders, dan de buitenwereld uit de verklaring zou opmaken. Deze gevallen zijn het, welke tot groote moeilijkheid aanleiding geven. Soms namelijk ontstaat hierdoor zoo flagranten strijd met de billijkheid, dat er geen andere uitweg mogelijk is, dan den wil te negeeren en het gevolg te regelen naar de verklaring op zich zelf beschouwd, waardoor dan een niet

---

[1]) Cf. L. 3 D. 34. 5 L. 9. pr. D. 28. 5, Regelsberger, civilr. Erörter, p. 17. v.

gewild gevolg intreedt. De voornaamste dier gevallen zijn de volgende.

Psychische dwang. Iemand wordt door bedreiging met het een of ander belangrijk nadeel genoodzaakt eene wilsverklaring af te leggen. Wat is het gevolg? De verklaring is wel geuit, doch er ligt geen of een anderen wil aan ten grondslag, zoodat ze rechtens, volgens het dogma ongeldig moet zijn. Wat is meer in strijd met den vrijen wil dan dwang? Een vrije wil kan altijd kiezen, welk gevolg hij wenscht tot stand te brengen [1]). Daarin bestaat juist de vrijheid. Oefent men nu door bedreiging zedelijken dwang uit op den persoon, die den wil vormen moet, dan is zijn wil niet meer vrij, dan is de keus verdwenen: hij moet zijn wil in die richting verklaren, welke de ander verlangt. Men komt in de positie van den schooljongen, die niet meer weet hoe hij een wiskundig vraagstuk tot een goed einde zal brengen. Hij herinnert zich nog dat hij bij zijne constructie eene van twee lijnen moet gebruiken, maar het is hem ontschoten welke. De leeraar wil hem helpen: kom! welke lijn kiest ge? Als dan de jeugdige Archimedes de verkeerde aanwijst, zegt de leeraar weder: die moogt ge niet kiezen! Evenzoo was de keuze beperkt van den psychisch gedwongene.

Is dus op deze wijze eene wilsverklaring verkregen, dan kan die volgens de theorie van den wil hoegenaamd geen gevolg hebben. Wat gewild is, is niet verklaard

---

[1]) Bij dit alles is wel in het oog te houden, dat de mannen van den wil philosophisch aan den «vrijen wil» gelooven.

en, omgekeerd, wat verklaard is, is niet gewild: «non intelligitur voluisse, qui coactus manumisit» [1]).

Echter wordt dit wel eens ontkend. Beroemd is o.a. een uitspraak van Paulus over de aditio hereditatis: «si metu coactus adii hereditatem, puto me heredem effici, quia, quamvis si liberum esset, noluissem, tamen coactus volui» [2]). Na al wat boven gezegd is, behoeft het geen betoog, dat deze redeneering steunt op een sophisme: hij wilde niet tengevolge van de dwang, slechts de verklaring werd door hem afgelegd. Zeer te verklaren is dan ook de conjectuur van Schlossmann [3]), die, in plaats van coactus volui, voorstelt te lezen: coactus crevi, d. i. heb ik de cretio, de formule uitgesproken, waardoor de aanvaarding gewoonlijk geschiedt [4]). Hoe verleidelijk ook, zal men zich toch twee malen moeten bedenken om deze emendatie in den tekst over te nemen. Paulus schijnt zich tot dat sophisme aangetrokken gevoeld te hebben, althans in eene andere plaats van zijne hand vinden wij de sporen van dezelfde redeneering terug: «si privatus coactus a populo manumiserit, quamvis voluntatem accommodaverit, tamen non erit liber» [5]).

Eene dergelijke verklaring vinden wij ook bij Voetius [6])

---

[1]) Fragm. Dosith. § 7, waarvan eene aardige illustratie gegeven wordt in c. 3 C. 7. 11. Cf. voorts L. 7 § 1 D. 27. 6, L. 9, L. 17 § 1 D. 40. 9, Gai. IV. 117, L. 116. pr. D. 50. 17, L. 22 D. 4. 2. gelijkluidend met Paul. Sent. I. 7. 10, L. 4 D. 50. 17.

[2]) L. 21 § 5 D. 4. 2.

[3]) Irrthum § 14. Zur Lehre vom Zwange pg. 132. v.

[4]) Gai. II. 164. v.

[5]) L. 17. pr. D. 40. 9.

[6]) Comm. ad Pand. 4. 2. no. 1.

en Grotius [1]) bij de bespreking van het geval, dat een schipper, die gevaar loopt door storm met man en muis te vergaan, om dat onheil te vermijden goederen over boord zet: hij heeft de keus tusschen vergaan en verlies van zijn goed en nu kiest hij van twee kwaden het minste. Deze argumentatie gaat m. i. echter mank. Verliest de schipper zijn goed? Heeft hij den animus derelinquendi? In geenen deele. Worden die goederen weer door de zee op het land geworpen, dan blijven zij den schipper toebehooren [2]), hij had niet de bedoeling er afstand van te doen. [3])

Ook Gaius [4]) en Justinianus [5]) maakten zich hier aan inconsequentie schuldig. Beide achten zij de handeling geldig, doch geven eene exceptio metus aan den psychisch gedwongene: zij konden het niet van zich verkrijgen den geestelijk onvrije tot praestatie te laten noodzaken. Het wilsdogma, dat van eene principieele ongeldigheid uitgaat, kan dus geen vrede hebben met eene exceptio metus en slechts eene verdediging ten principale toelaten.

Even erg maakte het de praetor. Ofschoon hij in zijn edict van het beginsel uitging »quod metus causa gestum erit, ratum non habebo" [6]), zag hij er geen bezwaar in aan den gedwongene eene restitutio in integrum propter metum toe te kennen. [7]) Volgens het wilsdogma

---

[1]) de Jure B. ac P. II. 11. 7. 2.
[2]) § 48 I. II. 1., L. 9 § 8 D. 41. 1.
[3]) L. 7 D. 41. 7., S. van Leeuwen, Cens. for. II., 3. 14.
[4]) Gai. IV. 117.
[5]) § § 4, 1. I VI. 13.
[6]) L. 1 pr. D. 4. 2.
[7]) Cf. Paul. Sent. I. 7.

is die ondenkbaar, daar eene afgedwongene verklaring geen gevolg heeft, zoodat geen herstel kan verleend worden tegen een niet intredend nadeel. De praetor week hier dus van het wilsdogma af.

Dogmatisch zijn al deze afdwalingen te veroordeelen. Zoo luidt dan ook het strenge vonnis van den vetus quidam Jctus: „quis erit tam destitutus sapientia ac vacuus intellectu, ut dicat, illam pactionem fortem et firmam esse debere, quam mulier metu coacta mariti subscripsit imperio, ac si liberam voluntatem et proprium arbitrium non intelligitur habuisse?" [1]) Doch door bovenstaande afwijkingen wordt bewezen, dat, niettegenstaande de billijkheid hier aan de zijde van het wilsdogma staat, sommige juristen zich, door welke overwegingen dan ook, lieten leiden om niet alle consequenties aan te nemen.

D w a l i n g [2]). Von Savigny en, vóór hem, Pufendorf wezen er op dat de dwaling in het corpus juris voorkomende tweeërlei was: eigenlijke en oneigenlijke [3]).

De eigenlijke dwaling is aanwezig, wanneer een wil verklaard is, die ontstond door een verkeerd, een ten onrechte aangenomen motief. De handeling zelve is volkomen geldig. Het gewone voorbeeld hiervan is de solutio indebiti: iemand betaalt een ander in de valsche veronderstelling, dat hij daardoor een schuld afdoet. Nu is de wil om te betalen gevormd onder invloed

---

[1]) Consult. I. 4.

[2]) Hierover handelt de dissertatie van Mr. J. F. Houwing, dwaling bij overeenkomsten, Leiden 1888.

[3]) Houwing, o. c. pg. 27 v.

van die valsche meening, dat er een schuld bestond. Maar wil en verklaring stemmen overeen.

De oneigenlijke dwaling is aanwezig, wanneer de wil de verklaring niet dekt. Men noemt haar ook wel dissensus. Dit nu is geen dwaling, meent Mr. Houwing [1]), dwaling kan den wil niet buitensluiten: de beschouwing, die dit aanneemt, begaat deze fout, „dat (zij), naar gebruik van het dagelijksch leven, den wil niet scherp genoeg afscheid(t) van den toestand, die er, in het gemoed van den handelende, aan vooraf gaat, en zoodoende wil noem(t) wat eigelijk nog niet meer was dan een streven, een wenschen, een voornemen voor de toekomst [2]).” En dat voornemen is geheel iets anders dan de wil. Immers „zoolang wij ons nog bevinden in termen van beraad, kunnen wij ons vrijelijk bewegen op het gebied van het afgetrokkene. Mijne wenschen kunnen gericht zijn op eene persoon of zaak, die ik mij zus of zoo voorstel. Maar met wenschen alleen kom ik niet verder; zij moeten zich verwezenlijken. Dan moet er g e k o z e n [3]), gehandeld, g e w i l d [3]) worden [4])”.

Dit is m i. juist id, quod quaeritur. Moet er gekozen of gewild worden? Het onderscheid tusschen wil en voornemen, wensch of hoe men het anders gelieft te noemen, is mij niet duidelijk. Ik geloof toch te mogen aannemen, dat met beide termen dezelfde inwendige toestand aangeduid wordt; de wil is „ein Trieb, dessen Befriedigung erst als E r f o l g d e r a b g e s c h l o s-

---

[1]) o. c. pg. 27 v.
[2]) o. c. pg, 34/35.
[3]) Ik spatieer.
[4]) o. c. pg. 35 v.

senen Handlung gehofft wird, er ist nichts mehr als ein Wunsch" [1]) Wanneer dit vaststaat, meen ik, dat de getrokken conclusie verkeerd is. Ik wil gaarne aannemen, dat men met wenschen niet verder komt, dat zij verwezenlijkt moeten worden en ik geloof, dat niemand dit ontkennen zal. Doch dan moet er gehandeld worden, d. w. z. niet gewild of gekozen — dat is reeds geschied — maar de wil moet verklaard, bekendgemaakt worden [2]).

Wat Mr. Houwing hier verwart, is, naar ik meen, de wil op het gevolg gericht en de wil die het afleggen der verklaring ten doel heeft [3]). Met willen alleen komt men niet verder, de wil moet ook verklaard worden. Op het oogenblik, dat de verklaring afgelegd moet worden, kunnen er omstandigheden zijn, die den persoon verhinderen te begrijpen, dat hij omtrent het een of ander punt eene verkeerde voorstelling heeft. Dan zal hij, in de vaste overtuiging dat hij niet dwaalt, de

---

[1]) Schlossmann, der Vertrag pg. 136.

[2]) Cf. Windscheid. Wille und Willenserklärung in Arch. f. d. civ. Prax. 63 p. 76 v.: „Die Willensbewegung, welche im Innern beschlossen bleibt, ist eine unfertige; sie ist eine Welle, welche von der nächsten Welle verschlungen wird. An eine solche Willensbewegung Knüpft das Recht Folgen nicht an; es Knüpft Folgen an nur an die aus der Person hinausgesetzte, an die der Aussenwelt hingegebene Willensbewegung." Cf. verder. J. Schrassert cons. en adv. I. 30. 17.: „ut enim actus hominis valeat et effectum habeat non satis est eum aliquid voluisse, nisi id ipsum producat in esse; sine hoc enim voluntas in mente retenta nihil operatur, sed est abortiva et veluti postumus existens in utero, qui, nisi nascatur et in lucem proferatur, nihil est."

[3]) In zoover ga ik dus mede met Brinz, geciteerd door Houwing o. c. pg. 28[1]. Door de argumentatie van Mr. Houwing is nooit verschil mogelijk tusschen wil en verklaring, evenals het geval is bij de opvatting van Windscheid, o. c. § 2, infra pg. 52, v.

verklaring afleggen: dit is dus gewild. Maar wat niet gewild is, is de inhoud dier verklaring. Wil iemand rogge koopen en ziet hij een partij haver voor het begeerde aan, dan zal hij die hoeveelheid graan koopen, d. w. z. hij zal dit aan den verkooper meedeelen. Maar — en dit kon de verkooper niet weten — zijn wil was gericht op het koopen van rogge.

Naar mijne bescheiden meening heeft von Savigny volkomen gelijk door bij oneigenlijke dwaling verschil tusschen wil en verkaring aan te nemen. De strijd „tusschen den wil, die er werkelijk was en die, welke er zoude geweest zijn, zoo dwaling ons niet in de war gebracht had" [1]), is dus niet aanwezig en zoo behoeven wij dwaling niet te schrappen uit de rij der consequentien, waarbij het wilsdogma tot onbillijke soluties komt bij verschil tusschen wil en verklaring.

Mogen wij dit aannemen, dan zal immers volgens het wilsdogma eene dergelijke, tengevolge van dwaling afgelegde verklaring geene gevolgen kunnen hebben: de wil ontbreekt. De onbillijkheid hiervan springt duidelijk in het oog. De tegenpartij kon dat verschil niet kennen en heeft vertrouwd dat er door wat de tegenpartij zeide een wil verklaard, eene overeenkomst tot stand gekomen was. Die verwachting is volkomen billijk, iedereen zou dat doen, en daarom mag men die verwachting niet te leur stellen. Maar men neemt hierbij eene overeenkomst aan, waar de maatstaf voor de eene partij is niet haar wil, maar de verklaring van een inderdaad niet voorhanden wil.

---

[1]) Houwing o. c. pg. 36.

Slechts somtijds wil Mr. Houwing aan dwaling zoo groote kracht toe kennen dat ze in staat zou zijn het ontstaan van eene overeenkomst te verhinderen, nl.: «waar twee partijen eene overeenkomst sluiten over eene bepaalde zaak in de van weerszijden blijkbare veronderstelling, dat zij een zekere eigenschap bezit, daar zal die overeenkomst krachteloos blijven, zoo door het ontbreken der eigenschap de voorwaarde niet vervuld is, waarvan het rechtsgevolg was afhankelijk gesteld.» [1])

Voordat wij dit nader beschouwen, is het noodig eerst na te gaan, wat essentieele en niet essentieele dwaling is.

De onderscheiding der oneigenlijke dwaling in wezenlijke en niet wezenlijke is evenzeer van von Savigny [2]). Wat moet haar kenmerk, haar criterium zijn volgens het wilsdogma? Deze leer gaat uit van het beginsel, dat de wil van hem, die de verklaring aflegt, richtsnoer zij voor anderen. Die persoon kan in dwaling verkeeren en wel in verschillende opzichten. Zijn wil echter blijft steeds richtsnoer; naar wat er in zijn gemoed omgegaan is, wordt de verklaring beoordeeld. Wenscht men nu te onderscheiden tusschen essentieele en niet-essentieele dwaling, welke de verklaring al of niet nietig doet zijn, dan zal men altijd moeten nagaan wat essentieel was in het oog van hem die de verklaring uitte. Meent iemand, dat zekere eigenschap voor hem essentieel is, dan is de verklaring nietig, anders niet.

---

[1]) O. c. pg. 147.
[2]) Syst. III. p. 268.

Iemand draagt een ander het bezit over van zijn fundus Cornelianus, de ander denkt, dat er sprake is van den fundus Sempronianus, welke vergissing steunt op naamsverwarring. Deze dwaling is niet essentieel, het was hem te doen om dat bepaalde landgoed, de naam was hem onverschillig. [1]) Geheel anders is het in dit geval. Iemand belooft een ander in pand te geven eene hoeveelheid goud, maar geeft hem koper. [2]) Den pandhouder is het juist om die meerdere waarde van het goud te doen, terecht nam men dus aan, dat geene overeenkomst tot stand is gekomen. Dat aldus echter de nietigste dwaling, mits in het oog van dengene, die de verklaring aflegde, essentieel zijnde, oorzaak van nietigheid is, kan hoogst onbillijk werken, vooral wanneer men aanneemt het grondbeginsel van het wilsdogma, dat in het geheel geen acht slaat op anderen, die de verklaring hooren afleggen.

Von Savigny wilde dit dan ook niet als kenmerk aannemen, maar zocht het verschil in het feit of het verkeer de dwaling al of niet als wezenlijk beschouwde [3]), doch door dien objectieven maatstaf aan te nemen liet hij het wilsdogma in den steek: deze leer eischt noodwendig, gelijk wij zagen, een subjectief criterium.

Nu wij weten, dat het wilsdogma een subjectieven maatstaf eischt bij dwaling, kunnen wij ook een oordeel vellen over de bovengenoemde plaats van Mr. Houwing. Deze is evenzeer van het standpunt van het wilsdogma

---

[1]) L. 34. pr. D. 41. 2.
[2]) L. 1 § 1 D. 13. 7.
[3]) Syst. III. p. 276, v.

onjuist. Wanneer is volgens dezen schrijver die vernietigende kracht aanwezig? Eerst dan, »wanneer men onder inachtneming van alle omstandigheden, naar objectieven maatstaf [1]) mocht aannemen, dat beide partijen hunne overeenkomst van de waarheid dier voorstelling, als van eene voorwaarde, hadden afhanlijk gesteld." [2]) In hoever met dien objectieven maatstaf iets anders bedoeld is, dan het door von Savigny aangenomen criterium: het verkeer [3]), wil ik hier in het midden laten. Zeker is het dat Mr. Houwing als voorstander van het wilsdogma [4]) deze meening zal moeten opgeven, zal hij niet van inconsequentie beschuldigd worden.

Bedrog. Na het bespreken der dwaling, kan ik over bedrog zeer kort zijn. Door bedrog wordt dwaling uitgelokt bij den bedrogene en zoo staan wij hier geheel op denzelfden bodem. Handelingen onder invloed van bedrog verricht zijn ongeldig: de werkelijke wil is niet in de verklaring uitgedrukt. [5]) Vandaar dat eene restitutio in integrum propter dolum, door den praetor ingevoerd, waarbij uitgegaan werd van de geldigheid der handeling, hier niet op hare plaats is.

---

[1]) Ik spatieer.

[2]) o. c. pg. 148.

[3]) Houwing, o. c. pg. 113, v.

[4]) Teste pg. 113 i. f. Echter wil hij ook letten op het vertrouwen door de tegenpartij in de toezegging gesteld, zie pg. 159 i. f.

[5]) Wanneer eene wet anderen invloed aan dwaling toekent dan aan bedrog, handelt zij inconsequent. Aldus BW. 1357, 1358 jo. 1364. Art. 1364 is uit het oogpunt van het wilsdogma onjuist: bedrog is eene oorzaak van nietigheid, geen grond tot vernietiging. Juister is C.C. 1116: „le dol est une cause de nullité de la convention . . ." Dat bedrog geen causa nullitatis oplevert, neemt o. a. ook aan L. 1 § 2 D 13. 7. Zie ook Schüller ad art. 1358 en daartegen reeds Dh. (ond) 6 n°. 483.

Evenzeer laat men de theorie van den wil los, wanneer men eene exceptio doli aanneemt, gelijk Gaius doet [1]), het wilsdogma kan zich slechts vereenigen met een verweer ten principale.

Scherts, door de tegenpartij niet bemerkt, zal geen reden zijn eene wilsverklaring als ongeldig te beschouwen, wanneer men tenminste op de billijkheid afgaat. Toch zou men volgens het wilsdogma slechts het tegendeel kunnen aannemen en daarmede de billijkheid een slag in het aangezicht geven. Eene handeling, die slechts eene grap was, geeft geene uiting aan eene werkelijk bestaande begeerte zeker gevolg in het leven te roepen. De verklaring is wel afgelegd, maar er bestond geen daarachter gelegen wil bij hem die haar uitte. De gevolgen, die in de verklaring aangeduid worden, kunnen dus niet ontstaan.

Goudsmit, een groot voorstander van het wilsdogma, zegt van de scherts, dat ze »op straffe van schadevergoeding niet kan worden tegengeworpen aan een derde, die geene gegronde aanleiding had ze te veronderstellen". [2]) Daarmede is zijne bedoeling, dunkt mij, geene andere dan de onbillijkheid, in bovengenoemde consequentie gelegen, te vermijden. Is eene wilsverklaring afgelegd in scherts, die door de tegenpartij onopgemerkt bleef, dan heeft de verklaring geen gevolg, maar wanneer de wederpartij den grappenmaker aanspreekt tot vervulling en deze de nietigheid zijner verklaring aanvoert, zal hij schadevergoeding moeten geven

---

[1]) Gai. IV. 117.
[2]) Pand. Syst. I. pg. 112[2].

voor wat men noemt zijne culpa in contrahendo. Intusschen die schade wordt slechts gebeterd, gelijk wij later zullen zien [1]), door de verklaring van den grappenmaker als het bindend element te beschouwen en den wil te veronachtzamen.

Simulatio. Partijen geven door zekere handeling te verrichten geen of een anderen wil te kennen dan een derde eruit zou kunnen opmaken. Voor partijen is die wil voldoende verklaard, tenminste wanneer men van het wilsdogma uitgaat [2]). Partijen kenden elkanders bedoeling en vonden goed, dat die gevolg had, hoewel ze onder zeker masker verscholen zat. Wanneer zij dus dat masker zien, weten zij ook de bedoeling, welke zij er door te kennen gaven.

Evenwel de rechten van derden worden er door in gevaar gebracht. Bv. A. door schuldeischers bedreigd, verkoopt voor de leus zijn goed aan B. en krijgt van dezen eene verklaring, dat de koop maar voor den schijn plaats had. B. verkoopt het goed echter aan C., die vervolgens zeer onaangenaam verrast wordt als A. bij vonnis verklaard wordt eigenaar van het goed te zijn gebleven, op grond dat de schijnkoop geen koop was en de overschrijving der van dien quasi-koop opgemaakte acte geen levering kon wezen [3]). C. had in dit geval niets waargenomen van de handeling, dan de verklaring, die slechts een masker was. Daarop ver-

[1]) infra pg. 54, v.

[2]) Cf. Mr. M. Smit, de zoogen. stilzwijgende wilsverklaringen etc. Prft. Gron. 1890. pg. 92.; Rubr. C. 4. 22, c. 3 C eod., Jhering, Scherz und Ernst, 1892 pg. 411.

[3]) Naar een voorbeeld van Mr. R. A. J. Colenbrander, opmerkingen betr. verbetering van het hypothecair stelsel in Nederl., 1866 pg. 6.

trouwende, niets vermoedende van het démasqué, dat spoedig plaats zou hebben, meende hij — en terecht — eigenaar te zijn geworden: het vonnis, dat A. tegen hem verkreeg, moge juist zijn uit het oogpunt van het wilsdogma, billijk is het niet. Waar blijft ook de zekerheid van het verkeer als men aan dergelijke surprises bloot staat?

Reservatio mentalis. De casus positie onder dezen naam bekend, vormt van oudsher het pièce de résistance van de tegenstanders van het wilsdogma. Nergens trad zoo duidelijk in het licht, dat de consequentien, waartoe het wilsdogma voert, in de hoogste mate onbillijk kunnen zijn. Hij die opzettelijk tegenover een ander iets, wat niet in overeenstemming is met zijne bedoeling, verklaart,

ὁ χ' ἕτερον μὲν κεύθῃ ἐνὶ φρέσιν, ἄλλο δ' εἴπῃ·

maakt zich schuldig aan reservatio mentalis. De leer van den wil eischt nu, dat dergelijke verklaring, als niet gesteund door een overeenkomstigen wil, geene gevolgen kan hebben. Die consequentie wordt door niemand aangenomen. Zelfs Windscheid, overigens een groot voorstander van de souvereiniteit van den wil, erkent deze verzaking der leer in ronde woorden: [1]) «Es ist also mit Bähr anzuerkennen, dass das Recht, in dem es der Mentalreservation die Wirksamkeit abspricht, einer Willenserklärung ohne Willen Wirkung beilegt.» Echter waren alle voorstanders van de wilstheorie het daarmede niet zoo volmondig eens. Men trachtte de reservatio

---

[1]) Wille und Willenserklärung, Arch. f. d. civ. Prax. 63 pg. 99. Cf. Regelsberger, o. c. pg. 8.

mentalis op allerlei manieren in het systeem van pas te wringen.

De eerste poging mislukte glansrijk. De reservatio mentalis zou niet te bewijzen zijn, daàr ze toch een intern feit was en bleef, [1]) doch men stelde nu het geval zóó, dat de reservatio mentalis van te voren aan een of meer anderen was meegedeeld en deze dus het ontbreken van den wil konden bevestigen [2]), en toen moest Windscheid zelf toegeven.

Daarna trachtte men er een mouw aan te passen door er eene logische tegenstrijdigheid in te zoeken: eene wilsverklaring is eene «Willensaction» en deze kan niet tegelijk bestaan en niet bestaan. [3]) Eene verklaring is eene «Willensaction.» Mij wel, maar dan is iedere verklaring zonder onderscheid het bewijs, dat er een wil bestaat, daarmede correspondeerende, en is mitsdien nooit verschil mogelijk tusschen wil en verklaring: de verklaring k a n niet afwijken van den wil. Daarmede zou reservatio vervallen als onmogelijk. Bähr zelf echter begint met aan te nemen, dat zij bestaat en tracht dan aan te toonen, dat men er niet op behoeft te letten; en dus — «qui prouve trop, ne prouve rien» is eene waarheid, welke ook hier toepassing vindt. Ik geloof dus deze poging ook als mislukt te mogen beschouwen.

Aldus bleef er niets anders over, dan toetegeven, dat in geval van reservatio mentalis aan eene verklaring

---

[1]) Aldus o. a. Windscheid vroeger, Pand. § 75.

[2]) Röver, über die Bedeutung des Willens bei Willenserklärungen 1874, pg. 49 v.

[3]) Kohler, Jahrb. f. d. Dogm. 16 pg. 91—158, 325—356. Windscheid erkent hare onjuistheid, zie hierbeneden, pg. 53.

zonder overeenstemmende wil gevolgen verbonden werden. Men moge nu zijn oordeel rechtvaardigen door aan te voeren, dat het iemand niet vrij mag staan, zich op een leugen of op eigen slechtheid te beroepen, dat oordeel staat als een paal boven water: bij reservatio mentalis wordt aan den eisch der billijkheid, dat de verklaring alles, de wil niets zij, voldaan. [1])

Analoog aan de reservatio mentalis is de volgende casuspositie, door Bähr gesteld [2]). Iemand geeft een lasthebber een gepubliceerde volmacht en tegelijk daarmede eene geheime instructie, welke de eerste van hare kracht berooft. De lasthebber treedt nu in relatie met derden, die natuurlijk afgaan op de gepubliceerde volmacht en niet weten, dat de wil, daaruit door hen opgemaakt, in werkelijkheid niet bestaat door dien tegenstrijdigen geheimen last. Zijn nu die handelingen, naar luid van den bekendgemaakten last aangegaan, geldig ten opzichte van den lastgever? Het wilsdogma zou ons hier tot een ontkennend antwoord voeren: heeft toch niet de lastgever aan den lasthebber verklaard, dat de gepubliceerde volmacht in strijd was met zijne bedoeling? «Er (der Vertrag) ist doch eben nicht mit seinem Willen abgeschlossen worden, und die Behauptung, dass er dennoch an denselben gebunden sei, weil der andere Contrahent habe annehmen müssen, dass der Vertrag mit seinem Willen abgeschlossen werde,

---

[1]) Aldus Windscheid o. c. pg. 98. v. L. 1 § 1 D. 13. 7. L. 13. D. 39. 5. (Cf. bij deze plaats L. 37 § 6 D. 41. 1., de dissert. van Mr. F. W. J. H. van der Sandt over deze beide leges, Utr. 1879, en Regelsberger o.c. pg. 18.)

[2]) Jahrb. f. d. Dogm. 14. pg. 402.

ist eben — Behauptung», meent Windscheid [1]). Doch de kracht dezer redeneering gaat geheel verloren, wanneer wij de reserve zien, welke hij éénen regel verder maakt. De partij moet niet, op het tot stand komen der overeenkomst vertrouwende, eenige kosten gemaakt hebben. Daarmede zegt hij juist id, quod plerumque fit. Wie zal ooit nagaan, voordat hij uitgaven maakt tengevolge van eene handeling met een lasthebber, of er niet eene geheime opdracht is, die de overeenkomst nietig maakt? Maar — en dit doet de deur dicht — wanneer de met den lasthebber handelende persoon dat naging, houdt de geheime instructie op geheim te zijn en verdwijnt de casuspositie. Evenals bij de reservatio mentalis moet Windscheid hier eene concessie doen, in lijnrechten strijd met het wilsdogma, doch de eenige billijke oplossing aangevende.

Eenige minder voorkomende gevallen, waarin de wil van de verklaring afwijkt, zijn nog de wilsuitingen demonstrandi causa en op het tooneel door een acteur in zijn rol afgelegd. Het is duidelijk, dat ook hier de toestand dezelfde moet blijven en geene gevolgen kunnen ontstaan, daar de wil om die gevolgen te weeg te brengen ontbrak. Evenwel worden de rechten van derden hier ernstig door bedreigd, wanneer zij uit eene dergelijke handeling te goeder trouw rechten verworven hebben. Hier geldt mutatis mutandis hetzelfde als van de simulatio en zal men billijkheidshalve de rechten van derden te goeder trouw moeten erkennen, hoewel

---

[1]) O. c. pg. 93.

ze gebaseerd zijn niet op den wil, maar op het door de verklaring van den auctor opgewekte vertrouwen.

De wil is de factor, waardoor iemand voor zich een gevolg kan tot stand brengen. Zal dat gevolg zich niet alleen tot die persoon bepalen, zal het ook voor een ander intreden, dan is het noodig, dat deze dat bedoelde gevolg ook wil [1]). Er moet dus overeenstemming zijn van die beide willen ten aanzien van het gevolg. „De vraag kan niet vreemd klinken," meent prof. Opzoomer [2]), „kan buiten zijn wil om over een derde als debiteur of als crediteur zelfs worden beschikt? Mij schijnt die vraag onvermijdelijk en even onvermijdelijk hare ontkennende beantwoording." Die wilsovereenstemming noemt men consensus, de geheele handeling overeenkomst, pactum [3]). Zonder consensus is dus geene overeenkomst denkbaar [4]). Ja, meer nog. „Het eigenaardige dat haar van andere rechtshandelingen onderscheidt, bestaat hierin, dat daartoe de medewerking noodig is

---

[1]) L. 4 § 2 D. 40.1. L. 34 pr. D. 17.1 Schrassert, consult. en adv. 38.3; 86.8; e. a.

[2]) B. W. VI. p. 38. Cf. L. 1 § 3 D. 2.14; L. 55. D. 44.7; c. 25 C. 2.3.; secus L. 9 § 8 D. 12.1; c. 4 C. 4.2.

[3]) L. 1 § 2 D. 2.14.

[4]) L. 5 D. 4.12; L. 4 § 2 D. 40.1; L. 33 D. 41.2; L. 1 § 5 D. 21.3; L. 19 § 2 D. 39.5; L. 4 D. 20.1; L. 1 pr. D. 13.7; Vinnius ad § 2 I. III. 7: „ . . . donationem inter vivos perfici, quum donator voluntatem suam declaravit: addendum fuerat et donatarius eam voluntatem gratam ac ratam habuit: neque enim donatio est sine acceptatione . . . denique in omni conventione consensum mutuum intervenire oportet.

van ten minste twee personen [1]), door wier s a m e n w e r k e n d e n wil de overeenkomst tot stand moet komen . . . beider wilsverklaringen te samen (brengen) eene wilsverklaring van beiden te weeg . . . , waarin de overeenkomst bestaat" [2]). Dat wil zeggen: de wilsverklaringen, (welke bij elken wil, die gevolg zal te weeg brengen, noodig zijn, gelijk wij boven zagen) moeten samen dat beoogde gevolg tot stand brengen, dus met het oog op elkander afgelegd zijn. Kruisen zich bv. twee brieven van A en van B, waarin A verklaart het huis van B te willen koopen voor zekeren prijs en B verklaart voor dienzelfden prijs zijn huis aan A te willen verkoopen, dan ontstaat nog geene overeenkomst, daar de wilsverklaringen tot elkander in geen verband staan. Het zijn twee los daarheen geworpen

---

[1]) Niettemin neemt men somtijds aan, dat één persoon met zichzelf eene overeenkomst kan sluiten -- «zwei Schlen wohnen, ach, in seiner Brust!» — nl. in twee qualiteiten. Hoe hier gedacht kan worden aan twee samenstemmende wilsverklaringen, is niet duidelijk. Één persoon heeft slechts één wil. Toch is er eene overeenkomst. Maar dan wordt het wilsdogma noodwendig verlaten. Het Romeinsche en Nederlandsche recht geven enkele voorbeelden betrekking hebbende op levering. L. 59 D. 24.1, L 35 D. 24. 3; c. 4 C. 5.10; c 2 C 5. 15; L 15 D 12.1; L 78 § 1 D. 18.1 erkennen eene (fictieve) levering door brevi manu traditio van één persoon aan zich zelf in andere qualiteit, hetzij van den echtgenoot in privé aan den echtgenoot als eigenaar van de dos der vrouw, hetzij van iemand als lasthebber aan zich zelf als verbruikleener, hetzij van iemand als voogd aan zich zelf als kooper. Echter leerde men ook wel het tegendeel, zie L 34 pr. D. 17. 1.; c 1 C 5. 3. Voor het Hollandsche recht vindt men een voorbeeld bij prof. Molengraaff, Leiddraad Handelsrecht pg. 66.: de commissionnair, die goederen van zich zelf aan zijnen lastgever levert.

[2]) Dh. X pg. 358. Deze hoogleeraar is voorstander van het wilsdogma, zie aldaar pg. 436 v. Cf. Regelsberger o. c. pg. 12, Goudsmit, Pandekten Syst II p. 84 v.

uitingen, die eerst eene overeenkomst in het leven kunnen roepen als de willen van beide partijen zich nader samen over dit punt verstaan [1]). Curieus is ook de conclusie welke Schlossmann hieruit trekt [2]): „Wenn nun aber jeder von ihnen dem anderen gegenüber das ihm zugegangene Angebot acceptirt, dann sind zwei Verträge vorhanden." Immers er zijn dan twee offertes en twee accepten, het materiaal voor twee overeenkomsten, ieder opgebouwd uit eene offerte met het desbetreffend antwoord. Deze conclusie eischt het wilsdogma noodwendig. Toch kan dit hoogst onbillijk; ja, verderfelijk werken, het kan de ruïne veroorzaken van één, misschien wel van beide partijen. Tot dit gevolg mogen wij dan ook niet besluiten, maar daarmede verlaten wij de theorie.

Is er geene wilsovereenstemming, is er dissensus of error in consensu, dan is volgens het wilsdogma geene overeenkomst aanwezig. Een voorbeeld hiervan is de volgende casuspositie. Iemand bevindt zich met een veehandelaar in eene kamer, vanwaar men het uitzicht heeft op de veemarkt. De handelaar heeft daar drie koeien staan en draagt aan den ander over „de twee buitenste." Zij gaan naar de dieren toe en nu wil de nieuwe eigenaar medenemen koe n°. 1 en 3. Neen, zegt de veehandelaar, ik bedoelde n°. 2 en 3. omdat, toen wij zooeven de afspraak maakten, wij de koeien in de flank zagen en „de twee buitenste" dus die twee waren, welke het verst van ons verwijderd stonden. Hier is

---

[1]) Cf. Goudsmit Pand. Syst. II p. 85[1].

[2]) Der Vertrag pg. 77.

geen overeenkomst van beider wil, derhalve geene overeenkomst [1]).

Uit hetgeen hierboven gezegd is volgen nog eenige conclusies.

Vooreerst zal het onmogelijk zijn eene overeenkomst aan te gaan met eene incerta persona, eene persoon, die niet nader dan door eene bepaalde qualiteit aangeduid is. Volgens het wilsdogma worden voor eene overeenkomst vereischt twee wilsverklaringen op hetzelfde gevolg gericht en met het oog op elkander afgelegd. Dit nu ontbreekt hier ten eenenmale. Een wil is niet denkbaar zonder bepaalde hersenen, welke hem voortbrengen. Daarom is begrijpelijkerwijze niet voldoende, dat de persoon die de wil moet vormen, qualitatief is aangewezen: er moet een individueel bepaald persoon zijn, bij wien zich de vereischte wil kan vormen [2]). Toch komen deze overeenkomsten somtijds [3]) voor, bv. het strooien van missilia: men werpt geldstukken weg met de bedoeling, dat degeen, die ze opraapt, eigenaar wordt. Blijven zij liggen, dan ontstaat geene overeenkomst, eigendom gaat niet over en de vrijgevige strooier behoudt ze dus.

Sommigen begrepen de inconsequentie die er in school en trachten die te ontgaan door aan te nemen, dat de strooier „qui missilia jactat, ea pro derelictis habet. Res pro derelictis habitae nullius fiunt. Quae nullius

---

[1]) Cf. Mr. Houwing, dwaling bij overeenkomsten, dissert. § 8.

[2]) Cf. het aangehaalde uit Eisele's ..unverbindlicher Gesetzesinhalt op pg. 5 . . . supra.

[3]) „interdum" in § 46 I II. 1 L. 9 § 7 D. 41. 1.

sunt cedunt occupanti [1])". Doch de fout in de redeneering is dezelfde, welke wij boven tegenkwamen bij de bespreking van den psychischen dwang. Daar had men eene dergelijke argumentatie gebruikt om aan te toonen, dat de zedelijk gedwongene een vrijen wil had. Doch voor derelictio moet aanwezig zijn de animus derelinquendi [2]) en dien vergat men hier aan te toonen. Wel bleek de bedoeling om de zaak aan een ander over te dragen, want deze had de strooier, maar de bedoeling om zich van de zaak te ontdoen zonder meer had hij niet en men kon die dus niet aantoonen. Wel kon men die fingeeren, „intelligitur voluisse alicuins fieri [3]),“ maar daarmede verandert de werkelijkheid niet.

Nog andere overeenkomsten in incertam personam zijn in het Romeinsche recht aangenomen bv. de vrijlating van een slaaf nader aan te wijzen door een ander. [4])

Een ander voorbeeld zou men misschien kunnen vinden in de pandovereenkomst als een bezitsoverdracht aan hem, die de zaak van den pandhouder koopen zal (onder voorwaarde, dat de schuld niet betaald wordt) [5]). Scaevola toch deelt ons mede, dat de kooper zich na den verkoop kan beroepen op accessio temporis voor de verjaring: daardoor zet hij de verjaring, voor den

---

[1]) Redeneering o. a. gevolgd door Heineccius, recitat. in Inst. II. 1. § 384. i. f.

[2]) Cf. L. 2. pr. L. 6. D. 41.7. L. 9 § 8. D 41. 1. L. 2 § 8 D. 14.2. L. 58 D 14. 1. L. 8. D. 14. 2.

[3]) L 5 § 1 D. 41. 7.

[4]) L 22 D. 40. 2. Prof. Naber wil hier lezen, in plaats van »sciens" »studiorum causa", met welke conjectuur ik mij wel vereenigen kan. Cf Mnemosyne (nova series) vol. XXI p. 36.

[5]) Cf. Prof. Hamaker, N. Bijdr. 1875 pg. 49. v.

pandgever begonnen, voort en heeft hij dus zijn bezit overgenomen. [1])

Voorbeelden uit het Hollandsche recht zijn o. a. nog de eigendomsoverdracht van een incassowissel [2]) en van een gewonen wissel door een onvolledig geëndosseerde [3]), terwijl vele nieuwere wetgevingen ook de eigendomsoverdracht in incertam personam erkennen van het fonds van een wissel enz., als gevolg van den aard van het order- en toonderpapier zelve. [4])

Tot deze groep behooren ook nog uitlovingen en het bieden op eene verkooping. Naar aanleiding hiervan bespreekt Regelsberger de overeenkomsten in incertam personam [5]) en komt tot de conclusie, dat men deze te beschouwen heeft als uitnoodigingen tot het doen van eene offerte: »Eine solche an das ganze Publikum gerichtete Aufforderung ist nur eine Einladung zur Stellung von Angeboten, nicht selbst Angebot." [6]) Hoe is dat te rijmen met hetgeen hij eene bladzijde vroeger zegt: Mit der Ernstlichkeit hängt das andere Erforderniss zusammen, dass das Angebot an denjenigen gerichtet sei mit welchem der Aubietende den Vertrag einzugehen beabsichtigt, darum gerade nicht eine bestimmte Person", immers zegt hij, onder verwijzing

---

[1]) L 14 § 5 D. 44. 3. Cf. § 1 I. II. 8. Onlangs besliste de Rb. te Winschoten dat de schuldenaar verplicht is tot vrijwaring van den kooper, de hypothecaire crediteur is slechts een lasthebber, een tusschenpersoon. (Vonnis van 15 Oct. 1892 W. v. h. R. 6319.)

[2]) K. 111.

[3]) K. 135 al. 2.

[4]) Molengraaff, Leiddraad Handelsrecht pg. 134.

[5]) Civilrechtliche Erörterungen, 1868.

[6]) o. c. pg. 50.

naar § 2, »Was fehlt zur Gültigkeit des Angebots, wenn Jemand im Wirthshaus öffentlich seine Uhr um einen bestimmten Preis ausbietet?" In deze § 2 tracht hij aan te toonen, dat eene verklaring in incertam personam afgegeven is in de richting van een ander, eene meening, m. i. reeds voldoende weerlegd door Schlossmann. [1]) Die verwijzing heeft dus geene waarde. Elders meent Regelsberger weer dat eene uitloving wel eene wilsverklaring bevat, die geldig geaccepteerd kan worden.[2]) Wat er ook van deze tegenspraak zij, neemt men met het wilsdogma aan dat eene overeenkomst met eene incerta persona onbestaanbaar en daarom een dergelijke eenzijdige verklaring onverbindbaar is, dan zal men de consequentie met Regelsberger [3]) moeten aanvaarden, dat, indien de een of de ander op die offerte ingaan wil, men hem tegen kan voeren: met u wil ik geene overeenkomst. Zoo zouden de Rb. en het Hof te Amsterdam bij de door prof. Moltzer geciteerde uitspraken [4]) over de certificaten van aandeelen in de Buffalo Pittsburg and Western Railway Company ten onrechte de vordering toegewezen hebben. In die gevolgtrekking kan ik niet treden: ik geloof, dat de uitspraken van Rb. en Hof volkomen overeenstemmen met de eischen van recht en billijkheid. Doch zij staan niet meer op den bodem van het wilsdogma.

Als van zelf komen wij aldus op een ander gevolg, van de tot nu toe behandelde leer, nl. dat het accept

---

[1]) o. c. pg. 64. v.
[2]) o. c. pgg. 8. i. f, 203. v.
[3]) o. c. pg. 51. v.
[4]) Praeadvies Handel. Ned. Jur. Ver. 1889 I. pg. 133[1].

slechts door hem verricht kan worden, tot wien de offerte gericht was. De wilsverklaringen toch moeten met het oog op elkander afgelegd zijn en dit voert noodwendig tot bovenstaande conclusie; neemt iemand eene niet tot hem gerichte offerte aan, dan ontstaat geene overeenkomst. Hiertegen zondigen de contracten met onbepaalde personen evenzeer, immers dan zou de tegenwerping: met u wensch ik geene overeenkomst, tot u was mijne offerte niet gericht, voldoende zijn om elke overeenkomst te verhinderen. Terecht, wij zagen het, verwierp men deze gevolgtrekking en daarmede de geheele leer.

Om dezelfde reden zal het accept moeten gericht zijn tot dezelfde persoon, van wien de offerte uitging. Offerte en accept moeten één geheel uitmaken, samen zullen zij de overeenkomst tot stand brengen; dus een accept gericht tot iemand, die geene offerte deed, heeft geen gevolg. [1])

Eene belangrijke vraag is ook: op welk moment is de overeenkomst voltooid? Deze quaestie zal zelden tot twijfel aanleiding geven wanneer twee personen tegenover elkander staan en zoo beiden hunnen wil verklaren. Doch van groot belang wordt zij, als partijen niet in elkanders tegenwoordigheid zijn en dus gebruik moeten maken van een hulpmiddel, bode, brief, telegram e. a. d., om de verklaring ter kennisse te brengen van hem, wien zij aangaat, zoodat er tusschen offerte en accept noodwendig eenigen tijd verloopt.

---

[1]) Cf. L. 32 D. 12. 1. waarover Dernburg, Pand: I. § 102[6]. Regelsberger o.c. pg. 4.

Voor deze hulpmiddelen tot het overbrengen van iemands wilsverklaring geldt hetzelfde: alle zijn werktuigen in de hand van hem, die ervan gebruik maakt.

Reeds lang is het als mogelijk beschouwd tusschen afwezigen eene overeenkomst te sluiten. Virgilius memoreert reeds, dat Euryalus borstsieraden en gordels met gouden knoppen vindt,

. . . . . Tyburti Remulo ditissimus olim
Quae mittit dona, hospitio cum jungeret absens,
Caedicus, [1]) . . . . .

waarbij Servius aanteekent: »consuetudo erat apud majores, ut inter se homines hospitii jura mutuis muneribus copularent, vel in praesenti vel per internuntios." Waar men zich nog niet mede bezig hield was de vraag, op welk oogenblik die geschenken ophielden eigendom van Caedicus te zijn en overgingen in het vermogen van Remulus. Ook later sloot men veelvuldig overeenkomsten tusschen afwezigen. [2])

Verschillende theorien zijn er opgesteld over de vraag, wanneer eene overeenkomst moet worden geacht tot stand gekomen te zijn.

1°. «Declarationstheorie». Deze neemt aan, dat de

---

[1]) Aeneid. lib. IX. vs. 364. v.

[2]) Cf. L. 9 D. 43. 26. Fragm. Vat. 281, 282, c. 9. C 4.50, L 23 § 1 D 20. 1 en algemeener L 2 pr. D, 2. 14. In deze plaats zou het beteren zin geven met prof. Naber te lezen: »Labeo ait convenire posse v e l o r e, vel re etc." Er wordt eene tegenstelling bedoeld tusschen overeenkomsten inter praesentes en inter absentes. De eerste kunnen tot stand komen door indirecte wilsuiting, „re", en door directe wilsverklaring. Deze is vergeten en aldus is deze invoeging te verklaren, welke woorden door den een of anderen copiist gemakkelijk weggelaten kunnen zijn.

overeenkomst dan voltooid is, wanneer de acceptant zijn antwoord in een brief [1]) heeft neergeschreven, gereed om aan den offerent verzonden te worden.

2°. «Äusserungstheorie». Hier is het oogenblik der voltooiing gesteld bij de verzending van het accept.

3°. «Empfangstheorie», welke het oogenblik van ontvangst door den offerent als beslissend beschouwt.

4°. «Vernehmungstheorie», volgens welke de wilsovereenstemming eerst aanwezig is, als het accept ter kennisse is gekomen van den offerent.

Welke theorie eischt het wilsdogma?

Door de verklaring, wij zagen het, wordt de wil kenbaar gemaakt. Zijn partijen in elkanders tegenwoordigheid, dan zullen deze vier momenten in den regel samenvallen. Dit is echter niet noodzakelijk. Nemen wij bv. aan dat er eene vormelooze overeenkomst gesloten wordt tusschen een doofstomme en een blinde. De blinde deelt zijn aanbod mede door de z.g.n. vingertaal, terwijl de doofstomme, die dit aanbod accepteert, zijne bedoeling kenbaar maakt door met een puntig voorwerp in een papier te prikken [2]). Wanneer is nu de overeenstemming der twee willen volkomen? Boven [3]) zagen wij, dat de wil verklaard moet worden, opdat hij op dien van anderen kunne inwerken. Zal een wil op de andere inwerken — en dit is hier noodig, aangezien de

---

[1]) Gemakshalve noem ik hier alleen den brief: voor bode, telegram en de andere middelen tot meedeeling van iemands wil geldt volmaakt hetzelfde.

[2]) Dergelijke voorbeelden bij Regelsberger o. c. pg. 12. v.

[3] Pg. 5. en de aangehaalde plaats uit Eisele's unverbindlicher Gesetzesinhalt.

twee willen hier samen de overeenkomst tot stand brengen — dan is een eerste vereischte, dat de personen op wier wil ingewerkt zal worden, kennis hebben van die bedoeling. Wederkeerig moeten dus beide partijen van elkanders wil bewustheid hebben. Zoolang een van beiden nog in het onzekere verkeert, welke de wil van den ander is, weet hij ook niet of en welk gevolg zijne offerte hebben zal en gaat het niet aan hem verbonden te achten. In het bovengenoemde geval zal dus de overeenkomst tot stand gekomen zijn, wanneer de blinde het papier betast zal hebben en aldus zich van het accept bewust is geworden. Daaruit volgt, dat de «Vernehmungstheorie» alleen in overeenstemming is met het wilsdogma: immers hier verloopt reeds eenigen tijd tusschen de offerte en het accept. De lengte dezer tijdruimte is onverschillig, d. w. z. ook bij het afsluiten van overeenkomsten tusschen afwezigen is de «Vernehmungstheorie» dogmatisch de eenig mogelijke. [1]) Eene bevestiging door de bronnen vinden wij in het vereischte voor de stipulatie: de partijen «exaudire in vicem debent.» [2]) Ook voor de vrijlating werd dit erkend in een advies van Julianus. Hem werd verzocht te zeggen, wanneer zijns inziens eene vrijlating per brief tot stand kwam. Hij meende «tum autem peragi intelligi, cum servus cognoverit dominae voluntatem.» [3]) Van het zelfde gevoelen wat betreft schenking is Paulus [4]) en wat aan-

---

[1]) Evenzoo Regelsberger, o. c. pg. 11, 17, 23 v. Schlossmann pg. 67, v. Goudsmit Pand. Syst. II. pg. 86. v.

[2]) L. 1 pr. D. 45. 1; L. 1 § 15 D. 44. 7; Ulp. 20. 13.

[3]) Fragm. Dosith. § 15. Cf. L. 38. pr. D. 41. 2. van denzelfden auteur.

[4]) L. 10. D. 39. 5.

gaat den overgang van den eigendom eens briefs aan den adressant deelt ook Labeo deze opinie. [1])

Het praktisch belang der vraag is gelegen in het feit, dat, zoolang de overeenkomst niet voltooid is, beide partijen geheel vrij zijn alsnog terug te treden, het ontstaan onmogelijk gemaakt wordt door dood, krankzinnigheid enz.: de wil, die aan de verklaring ten grondslag ligt, haar kracht geeft, houdt op te bestaan en de verklaring kan niet meer voortbrengend werken. Het groote bezwaar der «Vernehmungstheorie» is, dat zij die vrijheid van herroepen veel te lang laat behouden. [2]) Velen zagen dat in en stelden daarom voor, de wilsverklaring terug te laten werken tot de verzending. Hierdoor werden wel enkele bezwaren geelimineerd, doch men komt zoodoende terecht bij de «Äusserungstheorie» en adopteert daarmede ook de bezwaren, aan die leer verbonden. Wat zal het lot zijn van iemand, die zijn accept, per brief verzonden, telegrafisch herroept, zoodat het telegram den offerent eerder bereikt dan de brief? Hij zal gebonden blijven: als de brief aankomt, werkt die verklaring terug tot op het oogenblik der verzending d. i. autérieur aan het telegram. Daarom kan dit geen

---

[1]) L. 65. pr. D. 41. 1.

[2]) Cf. Thon in Archiv f. d. civ. Prax. (N. F.) XXX pg. 63 v. Deze schrijver erkent de onbillijkheid en acht den herroeper gebonden tot schadevergoeding. Als middel tot handhaving dier vordering beveelt hij aan de actio negotiorum gestorum contraria. Daargelaten de juistheid dezer constructie, die wellicht te betwisten zou zijn, wordt er door aangetoond, dat het niet billijk is de eischen van het wils dogma te volgen en de „Vernehmungstheorie" aan te nemen: immers dan zou de herroeping volkomen terecht geschied zijn en geen aanleiding tot schadevergoeding kunnen geven.

invloed meer uitoefenen: de overeenkomst was reeds tot stand gekomen.

Nog onbillijker werkt de «Declarationstheorie». Was de brief gereed, dan staat het den acceptant niet meer vrij op zijn accept terug te komen. Welke reden is er voor hem dit te beletten? De brief is nog niet verzonden, de offerent weet niets van den inhoud, het is hem misschien onbekend, of de offerte den ander bereikt heeft. Waarom zou het nu niet vrijstaan aan degene, tot wien de offerte was gericht, zijn antwoord vóór de verzending te verscheuren en een ander te expedieeren? Inderdaad, de billijkheid zou al te zeer uit het oog verloren worden, indien wij deze theorie wilden volgen.

Ook de «Empfangstheorie» heeft hare bezwaren. Al dadelijk is twist mogelijk over de vraag, wanneer het accept «in handen» van den offerent is gekomen. Voorts: zou men den acceptant, die zijn brief bij den offerent in de bus gedaan heeft, niet toelaten dat epistel terug te vragen, vóórdat de offerent van den inhoud had kennis genomen of het accept te herroepen door een telegram, dat de offerent leest, vóórdat hij den brief geopend heeft? Ik geloof het niet.

Toch zou dogmatisch dit antwoord onjuist zijn. Een voorbeeld in de bronnen, waar de «Empfangstheorie» gehuldigd wordt is eene der Fragmenta Vaticana [1]) Voor schenkingen tusschen ouders en descendenten werd geene levering vereicht, maar was het voldoende, dat de acte, die van de schenking opgemaakt was, aan

[1]) § 297. Iets dergelijks c. 1. C. 8. 54.

den begiftigde werd overhandigd. [1]) Van daar dat bedoeld fragment zegt: «cum matrem tuam donationis intrumenta in neptem suam fecisse, nec ea tradidisse dicas, in dubium non venit liberalitatem, quae non adsignatis instrumentis minime coepta est, invalidam esse. Igitur ut quaestio, quae inter vos orta est, cognita causa comprimatur, a viva matre tua neque instrumenta neque possessionem traditam esse ostende». Daar wordt dus voor de voltooiing der schenking slechts gevorderd de overgave der papieren: kennisname van den inhoud werd overbodig geacht.

Elke der vier theorien heeft dus hare bezwaren. Alleen de «Vernehmungstheorie» is in overeenstemming met het wilsdogma. Neemt men dus eene andere aan, of wil men, gelijk ik zou wenschen te doen, met prof. Modderman niet alle gevallen plooien in het keurslijf van ééne theorie [2]), dan moet men erkennen, daarbij het wilsdogma uit overwegingen, der billijkheid ontleend, te hebben verlaten.

Eindelijk nog een woord over de stilzwijgende wilverklaringen. Gelijk reeds vroeger [3]) door mij werd opgemerkt, is die uitdrukking dubbelzinnig. Zij kan nl. tot oppositum hebben eene rechtstreeks blijkende verklaring en ook eene werkelijke verklaring. In het eerste geval beteekent stilzwijgend: gepresumeerd uit concludente handelingen, in het laatste geval: gefingeerd.

---

[1]) Cf. § 314 ibid. en de aanteekening op dit fragment van Alex. Aug. de Bucholtz in zijne uitgave der Vat. Fragm. Een scholium ad Fragm. 297 luidde: „donationem non adsignatis instrumentis non valere.

[2]) o. c. pg. 37.

[3]) pg. 11.

Over de eerste beteekenis is vroeger reeds gesproken. De andere zin verdient thans nog eenige nadere beschouwing.

Twee personen worden behandeld alsof er tusschen hen eene overeenkomst gesloten ware [1]). De overeenkomst wordt dus gefingeerd, d. w. z. er is geene overeenkomst en toch worden partijen behandeld, alsof zij geconsenteerd hadden. Dat dit groote ketterij is ten aanzien van het wilsdogma. behoeft geen betoog. Door het erkennen hiervan wordt dus het wilsdogma als met voeten getreden.

Enkele dier tacitae conventiones zijn de volgende.

Wanneer iemand een stuk grond ter bede had gevraagd aan den eigenaar, en deze hem na het verstrijken der termijn in dat bezit gelaten had, werd een nieuw precarium gefingeerd [2]).

Liet men een slaaf vindicta of inter amicos vrij, dan nam men aan, dat, tenzij van tegengestelde bedoeling bleek, zijn peculium hem geschonken werd [3]).

Joh. Schrassert vermeldt [4]), dat bij het in gemeenschap laten van een landgoed „etiam ex facto nullo voluntas agentis colligitur: Immers daartoe genoeg sijnde, dat door het verreekenen der vruchten van de Saalwehr [5]) en heerengoed consteert, pactionem illam, licet nullam, neglectam a partibus non fuisse." Licet

---

[1]) L. 2. pr. D. 2. 14.

[2]) L. 4. § 4. L. 5. D. 43. 26. Evenzoo een stilzwijgend precarium in L. 8. § 2 L. 16 D. eod. L. 32 § 5 D 24. 1..

[3]) Fragm. Vat. 261.

[4]) Consult. en adv. I. 24 §§ 6, 7.

[5]) Saalwehr is een goed „bestaande ordinaris in hof en all het getimmer", cf. ibid. II. 97 § 3.

nullam: eigenlijk is er geen pactum, maar men doet alsof er een bestond.

Eene groote rol onder de gefingeerde overeenkomsten speelde ook het pignus tacitum. De voornaamste gevallen zijn:

a. Is eene zaak verpand, dan strekt zich dat pandrecht ook uit over de vruchten, welke zij oplevert. Het kind van eene in pand gegeven slavin zal tot waarborg strekken voor dezelfde schuld, „sive specialiter de his convenerit, sive non [1])." „Specialiter" is hier overbodig. Het pandcontract is geheel vormeloos en kan dus ook door indirecte wilsuiting tot stand komen [2]). Evenzoo zijn de vruchten van een landgoed stilzwijgend verbonden voor de huurprijs [3]) en de vruchten zelfs voor de rente van geleend geld [4]).

b. De invecta et illata van een praedium urbanum zijn stilzwijgend verbonden voor de huur van het erf. Er wordt zelfs uitdrukkelijk gezegd, dat geene overeenkomst noodig is, de huurder wordt eenvoudig behandeld als bestond er eene. [5]) Dit beginsel gold in zoo groote mate in het verkeer, dat de verhuurder zich zelfs op

---

[1]) Paul. L. 29 § 1 D. 20. 1. secus Paul. Sent. II. 5. 2. Waar heeft Paulus gelijk? Intusschen blijkt, dat soms het wilsdogma werd prijsgegeven.

[2]) L. 4 D. 20. 1.

[3]) L. 7. pr. D. 20. 2.

[4]) L. 8. D. 20. 2.

[5]) L 4, pr. D. 20. 2. Cf. L 3 L 4 § 1 L 6 D.eod. (Specialiter is weer overbodig). L 4. pr. D. 2. 14. (nominatim is pleonastisch, kan dus gemist worden) § 7 I. IV. 6. Wanneer stilzwijgend de huur verlengd wordt door tacita reconductio, blijven de door den huurder gesloten pandovereenkomsten ook stilzwijgend bestaan. L. 13. § 11 D. 19. 2.

de invecta et illata van hem kon verhalen, die een deel van het erf in onderhuur had verkregen. [1])

Eene plaats welke nog al strijd uitlokte is eene constitutie, in den Codex opgenomen, [2]) luidende: »Certi juris est ea, quae voluntate dominorum coloni in fundum conductum induxerit, pignoris jure dominis praediorum teneri. Quando autem domus locatur, non est necessaria in rebus inductis vel illatis scientia domini: nam ea quoque pignoris jure tenentur." Welke dominus is hier bedoeld? Twee opvattingen zijn mogelijk: de verpachter of verhuurder (d. i. de eigenaar) van het erf of wel de eigenaar van de invecta et illata. Is de laatste bedoeld, dan is de zin deze, dat de huurder, die goederen van een ander in het huis brengt, deze zaken ook zonder den wil van den eigenaar verpandt. [3]) Doch letten wij op de uitdrukking »certi juris est", dan is de eenige oplossing, dat het woord dominus ziet op den verhuurder van het huis, immers van dezen staat het vast wat de plaats ons mededeelt, terwijl, wanneer men het in de andere beteekenis opvat, het een unicum, een ἅπαξ λεγόμενον zou zijn.

c. Twee personen sluiten eene dading en bevestigen die door pand. Die transactie wordt echter gedeeltelijk niet nagekomen, zoodat het vroegere contract weer in plaats daarvan treedt. Nu zal het pand ook tot waarborg dier overeenkomst strekken. [4]) Averanius verklaart dit

[1]) L 11 § 5 D. 13. 7

[2]) c. 5 C. 4. 65. Zou het overigens niet aanbevelenswaardig zijn met prof. Naber in plaats van »quoque" te lezen »quandoque", waardoor alle onduidelijkheid verdwijnt en eene inlassching overbodig wordt?

[3]) Zooals in B. W. 1186 al. 1 i. f.

[4]) L. 10 D. 20. 2.

duidelijk [1]): »Submota enim est actio ex veteri contractu per transactionem: tamen si transactio postea rescindatur vel propter dolum, vel propter errorem, vel alia simili causa; apparet naturalem obligationem sublatam non fuisse et residuam quantitatem, in quam pignus fuit, obligatum, non esse solam quantitatem debitam ex transactione, sed etiam eam, quae debebatur ex veteri contractu, pro qua non quidem expressim sed tacite pignus obligatur." Van dezelfde meening is Pothier [2]), die het gevoelen van Accursius in eene noot weerlegt, als ware hier slechts retentierecht aan te nemen.

Tegen de pignora tacita vooral werd aangevoerd, dat dit geene inconsequentie was. Het pandrecht zou hier namelijk steunen op wetsduiding en daarom zou het wilsdogma hier geene toepassing kunnen vinden: de wet geeft de grenzen aan, waarbinnen de wil vrij is. Zoo vinden wij bv. bij Simon van Leeuwen in zijne Censura Forensis een titel [3]) de tacito sive legali pignore, alsof dat volkomen hetzelfde ware. De gevallen, die onder het eene en het andere thuis behooren, worden er door elkander behandeld. Doch in de hierboven aangeduide gevallen is geen sprake van wettelijk pandrecht. Geen wet voerde hen in, hetgeen genoegzaam blijken kan uit termen als «placet» [4]), «respondit» [5]), en «intelliguntur» [6]), welke slaan op adviezen van juristen; zij

---

[1]) Jos. Averanii Interpret. juris lib. II. c. 12 § 21.
[2]) ad. h. l.
[3]) I. 4. 9.
[4]) L. 4. pr. D. 2. 14.
[5]) L. 10. D. 20. 2.
[6]) L. 7. pr. D. 20 2.

vonden het billijk, dat in die gevallen overeenkomsten werden gefingeerd, dat partijen werden behandeld, als hadden zij eene overeenkomst gesloten.

«Es kommt in Römischen Recht vor, dass rechtliche Folgen, welche ohne alle Willenserklärung eintreten, vorgestellt werden als auf eine Willenserklärung beruhend», zegt Windscheid [1]) en wijst dan als voorbeeld op de pignora tacita. Daarna vervolgt hij: «Man spricht in einem solchen Falle von einer fingirten Willenserklärung; besser giebt man die ganze Vorstellung auf, da weder ein Nutzen von derselben abzusehen ist, noch in den Quellen selbst irgendwelches Gewicht auf sie gelegt wird». Ik ben zoo vrij hierin met hem van meening te verschillen. De voorstelling heeft wel degelijk haar nut, dit namelijk, dat wederom een bewijs geleverd wordt, dat men het wilsdogma om redenen van billijkheid prijs geeft.

Eene laatste conclusie, die uit het wilsdogma getrokken kan worden, is deze: wanneer het waar is, dat eene handeling, wil zij voor meerderen gevolg hebben, met ieders consensus geschieden moet, dan is het luce clarius, dat eene wilsverklaring beperkt blijft in hare gevolgen tot hen die geconsenteerd hebben: «res inter alios acta, aliis nec nocet nec prodest» [2]). «De vraag kan niet vreemd klinken: kan buiten zijn wil om over een derde als debiteur of als crediteur zelfs worden beschikt? Mij schijnt die vraag onvermijdelijk toe en even onvermijdelijk hare ontkennende beantwoording» [3]). Het is dus

[1]) Pand. I § 72[12].
[2]) Rubr, C. 4. 22. „nec prodest" is eene interpolatie van later tijd.
[3]) Opz. B. W. VI. 38.

onmogelijk, dat een derde eene actie verwerft uit eene overeenkomst tusschen twee andere personen gesloten [1]). Evenmin kan men ons eenig recht doen verliezen buiten ons om. [2]) Toch werd het tegendeel ook wel eens aangenomen: benigna juris interpretatione kreeg hij, die een aan een ander geschonken goed na zekeren tijd moest ontvangen, eene actie tot opvordering dier zaak. [3]) Ook hier verliet men nogmaals het wilsdogma.

Maken wij ten slotte de rekening van het wilsdogma op, dan zien wij, dat consequente doorvoering aanleiding geeft tot vele onbillijkheden. Toch wordt deze theorie, niettegenstaande die gevolgen, somtijds zoodanig in de hoogte gestoken, dat men haar nagenoeg belachelijk maakt en gevaar loopt in den «afgrond des onzins» [4]) te vallen.

Zoo lezen wij bij Rudolf Sohm [5]): «Dasjenige Rechtsgebiet, auf welchem die eigentümliche Begabung der römischen Juristen ihren vollen Spielraum fand, ist . . . ganz insbesondere derjenigen Verträge, bei denen nicht bloss der ausgesprochene, sondern auch der unausgesprochene Wille der Parteien giltig ist (die sog. negotia bonae fidei). Diesen unausgesprochenen Willen, welcher der Partei selber im moment der Vertragsschlusses in der Hauptsache unbewusst ist. haben die römischen Juristen entdeckt und sie haben ihn für alle Zeiten entdeckt und die Gesetze, welchen sich aus denselben ergeben,

---

[1]) c. 19. C. 5. 12.
[2]) c. 2. C. 7. 60.
[3]) c. 3. C. 8. 55.
[4]) Jhering, Scherz und Ernst, pag. 264.
[5]) Instit. d. Röm. Rechts pg. 67.

ausgesprochen.» De Romeinen hebben dus een middel gehad, waardoor zij een onuitgesproken wil leerden kennen. En wat voor een wil? Een wil, van wier bestaan de persoon zelf zich niet bewust was! Kan het mooier? Jammer dat Sohm ons dat middel niet meegedeeld heeft, dan was het wilsdogma geene question brûlante meer. Daardoor vermindert de waarde van de den Romeinschen Juristen toegedachten tour de force belangrijk. Gelukkig, dat velen zich niet stoorden aan zijn kort maar krachtig vonnis: «Diese Arbeit braucht nicht wiederholt zu werden.» Bij de Romeinen is het, geloof ik, ook niet voorgekomen, dat men in een geval, waarin partijen aan het een of ander niet gedacht hebben, omtrent hunne bedoeling uitspraak doet. Wel zegt men dan wat het verkeer te zien geeft en is van oordeel, dat partijen zich daar maar aan moeten houden, doch de wil blijft geheel buiten spel en dit kan moeilijk anders. Celsus o. a. besprak de vraag naar aanleiding van een advies van Proculus over den overgang van buizen eener waterleiding, welke ten dienste van een verkocht huis water aanvoeren. Daarin geeft hij den raad na te gaan, «quid acti esset». Maar, vraagt nu Celsus: «quid ergo, si nihil de ea re neque emptor neque venditor cogitaverunt, ut plerumque in eiusmodi rebus evenisse solet, nonne propius est, ut inserta et inclusa aedificio partem eius esse existimemus?» [1])

Voorts wenschte ik nog het een en ander in het midden te brengen over de theorie van Windscheid [2]).

---

[1]) L. 38. § 2. D. 19. 1.

[2]) Wille und Willenserklärung, Arch. f. d. civ. Prax. 63. pg. 76. v.

Deze schrijver gaat uit van een eenigszins anders geconstrueerde leer. De wil is een inwendige geestestoestand, «eine Welle, welche von der nächsten Welle verschlungen wird.» [1]) Die inwendige wil heeft rechtens geene gevolgen, wel de wilsverklaring, d. i. «der Wille in seiner sinnenfälligen Erscheinung» [2]), waardoor zij meer wordt dan de meededeeling van een daarachter gelegen wil. Wat volgt hieruit? Dat elke wilsverklaring per se den werkelijken wil weergeeft, m. a. w. dat er geene afwijkingen kunnen bestaan tusschen wil en verklaring. Het wilsdogma bestaat dus voor hem in zijne volle kracht: de wil is overal aanwezig en geeft den maatstaf van beoordeeling aan. Doch ieder voelt, waar de schoen wringt. Er doen zich gevallen voor, gelijk boven aangetoond is, dat de werkelijke wil afwijkt van de verklaring en daarmede moet zijne theorie over de verhouding tusschen wil en verklaring noodwendig vervallen. Eene merkwaardige illustratie hiervan geeft Windscheid zelf, sprekende over de reservatio mentalis [3]). Hij memoreert daar de verschillende constructies om de reservatio mentalis in overeenstemming te brengen met het wilsdogma. Als tweede poging — wij leerden haar vroeger reeds kennen en men vergunne mij haar even in de herinnering terug te roepen — is vermeld de logische tegenstrijdigheid, die er in opgesloten zou liggen. «(Diese Ansicht) fusst auf derjenigen Auffassung, welche ich selbst oben als die richtige vertreten habe, aber diese Auffassung ist in ihr auf eine Spitze getrie-

[1]) o. c. pg. 76.
[2]) o. c pg. 77.
[3]) o. c. pg. 97.

ben welche nach meiner Ansicht unhaltbar ist.» Niets is juister dan dit. Doch in plaats dat de schellen hem daardoor van de oogen vallen en hij nagaat, of de fout niet in zijne theorie schuilt, poogt hij de consequentie te ontkennen. Hij is van meening, dat hier slechts een wil aanwezig is tot het afleggen der verklaring. Hoe is dit echter overeen te brengen met wat vroeger [1]) gezegd is: «Zunächst zwar wird (in der Willenserklärung) der auf Setzen der sinnlich wahrnehmbare Zeichen gerichtete Wille verwirklicht, aber der diesen Willen verwirklichende weiss, dass die Rechtsordnung aus den von ihm gesetzten Zeichen bestimmte Folgen hervorgehen lässt, und deswegen verwirklicht er auch [2]) der auf diese Folgen gerichteten Willen.» Dit geschiedt dus, zonder eenige restrictie, altijd. Hoe is het dan mogelijk het bij de reservatio mentalis te ontkennen? Blijkbaar is hij voor de werkelijkheid gezwicht, maar dan had hij zijne theorie moeten herzien en wellicht beter gedaan zich bij de heerschende meening aan te sluiten.

Men heeft echter middelen bedacht om aan de onbillijkheden, waartoe het wilsdogma leidt, tegemoet te komen. Jhering meent [3]), dat ieder moet instaan voor de betrouwbaarheid zijner verklaring. Is die niet in overeenstemming met zijn wil, dan maakt hij zich schuldig aan onrechtmatige daad, aan culpa in contrahendo en kan de wederpartij schadevergoeding eischen met de actio legis Aquiliae.

[1]) o. c. pg. 77. cf. Thon., Rechtsnorm und subjectives Recht p. 364.
[2]) ik spatieer.
[3]) Jahrb. f. d. Dogm. IV. pg. 1. v.

Om na te gaan, in hoever deze actie voldoet aan de behoefte, is het noodig de vereischten dezer vordering nader te beschouwen. De actie uit onrechtmatige daad komt toe, zoo leert Gaius [1]) ons, aan hem, die schade lijdt tengevolge van schuld of opzet van een ander. Vooreerst is dus vereischt opzet of schuld, en reeds daarom voldoet de actie niet geheel. Dwaling bv. is zeer goed denkbaar zonder die vereischten [2]). Doch er is meer. Er moet zijn schade en wel in casu schade, door het niet tot stand komen der overeenkomst geleden, d. w. z. damnum emergens of negatief interest. Hetgeen men echter niet vergoed krijgt, is het voordeel, dat men zou gehad hebben, indien de overeenkomst wel tot stand ware gekomen, d. i. het lucrum cessans, positief interest [3]). Daarin ligt de belangrijkste grond, dat deze actie niet voldoet. Men kan zijne medecontractanten straffeloos dergelijke teleurstellingen bezorgen. Is dat billijk? [4]).

Bovendien is er een geval, waarin de actie geheel uitgesloten is, n.l. wanneer een krankzinnige, wiens gebrek niet bleek, eene overeenkomst gesloten heeft: een furiosus toch kan zich niet schuldig maken aan

---

[1]) Gai. III. 211. 220., cf. Coll. 7. 3. § 4.

[2]) Goudsmit, Pand. Syst. II pag. 84[2], wil dwaling beschouwen als een toeval, tegula quae cecidit en hem treft, die er ongelukkigerwijze onder loopt. Maar de onbillijkheid, dat een ander dupe van mijn dwaling wordt, is evident, cf. Modderman o.c. pg. 28, v.; L. 15 §§ 1. 2. D. 18 1. L. 1 §§ 5. 6. L. 2. D. 27. 6.

[3]) L. 33. pr. D. 9. 2.

[4]) Cf. Thöl, das Handelsrecht, I § 237. Het negatieve interest ik ook slechts datgene, wat Thon (zie pag. 43[2] supra) vergoed wil zien en tegen zijne meening geldt dus o.a. hetzelfde bezwaar wat hier tegen Jhering is ingebracht.

onrechtmatige daad, ne peut mal faire, parcequ'il ne peut rien faire [1]).

Somtijds zouden die leemten aangevuld worden door de condictio sine causa, de actio uit ongegronde baattrekking [2]), doch ook hieraan zijn bezwaren verbonden. In vele gevallen nl. zal de schade, die de een lijdt niet noodwendig verrijking voor den ander medebrengen. Welk voordeel heeft A. van het herroepen van eene offerte, waardoor B. schade lijdt? Zeer goed denkbaar is het ook dat A. dwaalt, waardoor B. verliezen ondervindt, doch zonder eenige verrijking van A. Waar de leer te kort schiet, kan men somtijds wel te hulp komen door deze condictio, doch niet in alle gevallen en daarom voldoet zij slechts ten deele. De actio legis Aquiliae moge haar ter zijde staan, waar zij hare werking niet kan doen gevoelen, ook deze vordering, wij zagen het, is maar een halve maatregel: steeds blijft dan het lucrum cessans buitengesloten.

Windscheid [3]) wil ingeval van dolus en culpa in contrahendo niet alleen de schade, die het object der actio legis Aquiliae uitmaakt, doen vergoeden, hij wil verder gaan: „Wir verpflichten ihn zur Erfüllung eines Versprechens, welches er nicht gegeben hat. Aber damit legen wir ihm immer noch keine eigentliche Strafe auf; wir wollen ihm kein Uebel anthun zur Vergeltung für ein begangenes Unrecht. Wir verlangen von ihm die Befriedigung einer in dem anderen Contrahenten

---

[1]) L. 5. § 2. D. 9. 2.

[2]) L. 206 D. 50. 17. L. 14 D. 12. 6.

[3]) o. c. pg. 102. v. Cf. Schlossmann, der Vertrag pg. 76. 336, die facto hetzelfde voorslaat.

erregten Erwartung". Vooreerst wilde ik vragen: is dat nog de voorstander van het wilsdogma, die zoo spreekt? In het volgende zullen wij zien, dat het beginsel, hetwelk hij hier verkondigt, als twee druppelen water gelijkt op dat van de leer van het vertrouwen. En ten tweede: hoe is het met zijne theorie overeen te brengen, dat Windscheid bij dolus of culpa van een niet gegeven belofte spreken kan? Is niet elke wilsverklaring gedekt door den wil, ja, is niet elke verklaring den wil zelf, „der Wille in seiner sinnenfälligen Erscheinung?" [1]) Door dengene, die bij opzet of door schuld eene belofte gegeven heeft, met zijn wil in strijd, te qualificeeren als niet afgelegd hebbende eene belofte, levert Windscheid op nieuw een bewijs, hoe zwak zijne theorie is.

Maar ook al hielpen deze acties volkomen, het feit, dat zij dienen om de leemten eener theorie aan te vullen, bewijst, dat de theorie zelve niet deugt. Al het water van de zee kan niet afwasschen, dat er gevallen zijn, waarin het wilsdogma op nonactiviteit wordt gezet, als algemeenen regel geene beteekenis meer heeft en verlaten moet worden als een niet betrouwbare gids.

---

[1]) o. c. pg. 77.

HOOFDSTUK II.

Het vertrouwensdogma.

De onbillijkheden, waartoe het wilsdogma aanleiding gaf, bracht en, zoo hier als elders [1]), tal van pennen in beweging om de fundamenteele stelling dezer theorie aan te vallen, welke luidde: de wil van den mensch is in staat alle privaatrechtelijke gevolgen in het leven te roepen en buiten dien wil komen geene rechten of verbintenissen tot stand. Zoo langzamerhand had men eene groote verzameling verkregen van gevallen, waarin men de voorstanders van het wilsdogma het vuur zeer na aan de schenen legde en hun de keus gaf tusschen eene onbillijke of eene inconsequente uitspraak. Wel is waar gaf men toe, dat in de overgroote meerderheid

[1]) Litteratuur bij M. Smit. de zoogenaamde stilzwijgende wilsverklaring bij overeenkomsten naar Nederlandsch recht, Prft. Gron. 1890. pg. 75. v. Onlangs verscheen nog van het derde deel de eerste aflevering van Prof. N. K. F. Land, verklaring van het B.W., waarin de vraag ook besproken wordt.

der gevallen de wil overeenstemde met de verklaring, zoodat er dan geene moeielijkheid ontstond. Maar dit was eene schrale troost, want de slotsom was altijd, dat die betrekkelijk weinige gevallen, waarin de wil van de verklaring afweek, recht gaf te wijzen op de bekende eigenschap van een regel: »simul cum in aliquo vitiata est (regula, perdit officium suum." Immers juist die weinige gevallen, welke wij ook in hoofdzaak leerden kennen, eischten met dringende noodzakelijkheid, wilde men eene billijke oplossing geven, dat de wil voor de verklaring de vlag moest strijken en dat de indruk, welken deze op de tegenpartij maakte, als maatstaf van beoordeeling moest aangenomen worden ten opzichte van de verhouding, welke er tengevolge der wilsuiting tusschen partijen ontstaan zou. Aldus kwam men er toe om op den wil niet meer te letten en de verklaring als het essentieele element te gaan beschouwen: stemde de bedoeling van de zich verklarende persoon daarmede overeen, des te beter; zoo niet, dan had de ervaring geleerd, dat men tot eene billijkere beslissing kwam door de verhouding van partijen naar de verklaring af te meten. Als men deze theorie aannam, werd mitsdien dat groote zondenregister voor goed gesloten; voortaan zou zich billijkheid aan consequentie paren [1]).

Deze theorie, vertrouwensdogma genoemd, welke in de verklaring het essentieele ziet, door prof. Modderman als »nieuwe leer» aangeduid, [2]) begon haren

---

[1]) Modderman, Wil of Vertrouwen, pg. 41, v.

[2]) o. c. pag. 39.

levensloop in Duitschland en vond ook ten onzent spoedig tal van verdedigers.

»Wat wil de nieuwe leer? Den wil als bindend element van het tooneel doen verdwijnen om plaats te maken voor de wilsverklaring; zij wil u binden, niet aan hetgeen gij wilt, maar aan hetgeen gij zegt te willen, zij wil u aansprakelijk stellen voor alle, door uwe tegenpartij ondervonden nadeelen, wanneer die, bij het aangaan van eene overeenkomst, het gevolg daarvan zijn, dat hij op grond van uwe woorden of daden vertrouwd heeft en moest vertrouwen, dat gij u wildet verbinden. Zij wil u bepaaldelijk niet toelaten om te bewijzen, dat gij in werkelijkheid niet gewild hebt, wat uwe tegenpartij moest aannemen, dat gij wel wildet." [1]) Ziehier, kort en krachtig, de richting, welke de nieuwe leer denkt in te slaan.

Reeds onmiddellijk wensch ik deze formuleering aan eene nadere beschouwing te onderwerpen. Wanneer de voorstanders dezer leer meenen, dat zij een beteren en voor consequente toepassing vatbaren theoretischen grondslag gevonden hebben, dan zullen wij in de eerste plaats te onderzoeken hebben, of hun gronddenkbeeld zelf logisch in elkaar gezet is.

Wij zagen, dat de vertrouwenstheorie uitgaat van de verklaring, welke de tegenpartij verneemt. Zij plaatst zich dus op het standpunt van hem, die de wilsuiting hoort afleggen. De wil is bij haar geheel in discrediet, zij werpt het verre van zich om daaraan voortaan

---

[1]) Modderman o. c. pg. 39. v. Cf. Mr. J. C. de Marez Oyens, praeadv. Handel. Ned. Jur. Ver. 1877. I. pg. 123 en Mr. J. A. Levy ibid. II. pg. 109.

eenige kracht toe te kennen. Behalve de zooeven geciteerde plaats, kan daartoe nog als bewijs dienen wat prof. Modderman een weinig vroeger zegt [1]: «het is mij voorloopig voldoende te constateeren, dat men, om tot eene verbintenis te komen, niet genoeg heeft aan den wil om zich te verbinden, maar dat het hoofdgewicht meer en meer gelegd wordt en moet worden [2]) op de wilsverklaring, zóó zelfs, dat het ongepast wordt naar den wil zelve te vragen [2])», of wat prof. Land meent [3]): «zooals de wil te voorschijn treedt, zoo heeft hij rechtens zijn bestaan, en, zooals de verklaring wordt aangeboden, zoo kan zij door de andere partij worden aangenomen. Berust de verklaring niet op een werkelijken wil, is er iets anders verklaard, iets anders gewild, dan zal men zich aan de verklaring hebben te houden, want op deze heeft men de tegenpartij recht gegeven te vertrouwen.» [4]) Evenwel deze heilige afkeer is, naar ik meen, op te vatten cum grano salis: de voorstanders van het vertrouwensdogma achten dien wil nog niet zoo verwerpelijk als men uit deze woorden wel zou kunnen opmaken. Ten bewijze daarvan het volgende.

Maatstaf van beoordeeling is voor hen hetgeen de tegenpartij uit de verklaring «opmaakte en moest

[1]) o. c. pg. 14.

[2]) ik spatieer.

[3]) o. c. pg. 152.

[4]) Tot hetzelfde resultaat voert feitelijk de theorie van Windscheid (supra pg. 56 v.) die eenvoudig de wil bij alle verklaringen aanneemt. Schijnbaar is die leer nog op den wil gebaseerd, maar door de verklaring »der Wille in seiner sinnenfälligen Erscheinung» te noemen ontneemt hij alle waarde aan den wil en legt het gewicht geheel op de verklaring.

opmaken» [1]). Dat moest opmaken ziet hierop, dat de voorstanders der nieuwe leer zich met geene vana simplicitas tevreden stellen: niet iederen dunk of subjectieve opvatting is voldoende, zij verlangen een op goede gronden gebaseerd vertrouwen [2]) en daarin hebben zij groot gelijk. Maar daartegen heb ik toch één bezwaar, dat wel van eenig gewicht mag genoemd worden, nl. dat het met hun standpunt niet is overeen te brengen en diensvolgens met hunne leer niet strookt.

Het standpunt, van waaruit zij alle gevolgen willen beschouwen, is subjectief, evenals dat van het wilsdogma, maar subjectief van de andere zijde gezien. De verklaring van den wil, welke de tegenpartij verneemt, stellen zij tegenover den wil, waaraan de voorstanders van het wilsdogma alleen werking mogen toekennen. Willen zij consequent blijven, dan moeten zij dit subjectieve standpunt niet verlaten. Gelijk de voorstanders van het wilsdogma slechts mogen vragen: hoe was de bedoeling? zoo mogen de vertrouwensdogmatici slechts vragen: wat verstond de wederpartij? Het dogma verandert geheel van karakter, wanneer men de beoordeeling van de verhouding tusschen partijen afhankelijk stelt van de vraag, of de rechter objective meent, dat elke «Durchschnittsmensch» in dit geval een vertrouwen moest opvatten, dat de zich verklarende wederpartij — en hier komt het door Mrs. J. A. Levy en J. Knottenbelt verketterde woord [3]) — zich wilde verbinden. Wanneer dus uit de casuspositie, uit de omstandigheden voor een ieder duidelijk is, dat

[1]) Modderman, o. c. pg. 39. Land o. c. pg. 157.
[2]) Modderman. o. c. p. pg. 48.
[3]) Handel. Ned. Jur. Ver. 1877. II. pag. 80. 90.

de partij, die de verklaring uit, den wil niet bezat zich te verbinden, dan is dit voldoende om ook aan de opvatting van de wederpartij, die toch vertrouwde, alle gevolgen te ontzeggen. Indirect wordt dus het ontbreken van den wil, niet het opgevatte vertrouwen gesanctioneerd: het vertrouwensdogma gaat aldus in het wilsdogma over.

Het schijnt hier de plaats eene korte opmerking over rechtsdogmata in het algemeen in te lasschen. Waartoe dient een dogma? Ik geloof niet te dwalen, als ik een dogma een regel noem, waaruit men langs den weg der logica voor elk geval kan vinden wat recht is. Het is een regel, die samenvat, definieert wat recht is. Een eerste vereischte van eene definitie nu is, dat het te omschrijven woord er niet in voorkomt. Wat zien wij echter in casu bij het vertrouwensdogma? Om voor elk geval te weten te komen wat recht is, geeft men als den weg aan, het oor voortaan te sluiten voor hen, die den wil als middel daartoe aanprijzen, en het vertrouwen te volgen dat door eene wilsverklaring is opgewekt. Tot zoover is alles in orde. Maar wat doet men nu? Men gevoelt zelf, dat men met dien maatstaf niet uitkomt en neemt nu eene bepaalde soort van dat vertrouwen in het algemeen aan als gids. Om te vinden wat recht is in ieder speciaal geval, verlangt men een zoodanig vertrouwen, als in overeenkomst is met..... dat recht! Weg alle illusie! Men zal ons leeren, op welke wijze wij eene met het recht overeenstemmende oplossing kunnen vinden en raadt ons af te gaan op een vertrouwen, opgevat in harmonie met de grootheid, die wij zoeken en willen leeren kennen — het recht zelf.

Aldus komen wij van den regen in den drop en geen stap verder tot ons doel. Men doet ons eene cirkelredeneering aan de hand, die eerst opgelost wordt, zoodra wij van elders weten wat recht is. Maar dan verliest zij ook alle waarde voor de beantwoording der vraag, wat in ieder geval de rechter aan te nemen heeft.

Het wilsdogma doet in niets hiervoor onder: de wil is maatstaf van beoordeeling, aldus leerde ons de stelling van uitgang in het eerste hoofdstuk, binnen de grenzen door het recht gesteld! De grenzen vergat men aan te geven en aldus zijn wij even ver. Eene aardige illustratie hiervan is de oplossing, welke Mr. Houwing ons voorstelt te gebruiken bij de beoordeeling van de gevallen, waarin dwaling nietigheid veroorzaakt: [1]) «zoo komen wij .... tot den algemeenen regel, dat de valsche voorstelling, die een der partijen tot het sluiten eener overeenkomst bewoog, op het rechtsgevolg van deze eerst van invloed is, wanneer men onder inachtneming van alle omstandigheden, naar objectieven maatstaf mocht aannemen, dat beide partijen hunne overeenkomst van de waarheid dier voorstelling, als van eene voorwaarde, hadden afhankelijk gesteld.» De vraag was: wanneer is rechtens dwaling in staat het tot stand komen van eene overeenkomst te verhinderen? en het antwoord daarop luidt kortelijks: wanneer dit rechtens het geval is. Immers niet anders kan de zin zijn van dat «onder inachtneming van alle omstandigheden, naar objectieven maatstaf». Dit is echter tautologie, geen dogma. Door in een dogma, dat ons leeren zal wat

---

[1]) o. c. pg. 148.

recht is, het begrip recht zelf op te nemen, kan men niet anders verkrijgen dan dit mager resultaat, recht = recht.

Dat is ook de reden, waarom het bekende juris praeceptum «suum cuique tribuere» niet opgevat kan worden als een dogma, dat ons leert wat recht is: om te weten wat «suum» is, wordt kennis van het recht verondersteld.

Evenzoo is het met het vertrouwensdogma. Door het rechtmatig vertrouwen als basis aan te nemen, verwijst men naar het recht, dat men door het dogma trachtte op te sporen, en men noodzaakt ons die kennis elders te vergaren.

Echter kan men niet volstaan met elk vertrouwen te sanctioneeren, dit geeft aanleiding tot onbillijkheden. Een voorbeeld, dat tevens dienen kan tot verduidelijking van het overgaan van vertrouwens- in wilsdogma moge dit aantoonen.

Algemeen nemen de voorstanders der vertrouwenstheorie aan, dat door eene afgedwongene wilsverklaring geene gevolgen tot stand gebracht kunnen worden, geene overeenkomst kan ontstaan, en als reden daarvoor wordt opgegeven juist dat onrechtmatig vertrouwen [1]). Waarom was dat vertrouwen onrechtmatig?

---

[1]) Cf. Modderman, o. c. pg. 24 v. In navolging van prof. Modderman en Fockema Andreae bespreek ik hier slechts het geval, dat de psychische dwang uitgeoefend werd door een der partijen. Veel interessanter uit het oogpunt van het vertrouwensdogma ware het misschien de bedreiging, uitgeoefend door een derde, te beschouwen. Hierover spraken zij hun oordeel niet uit. Prof. Land merkt terloops op, dat hij het billijker zou vinden, indien deze geen vernietigenden invloed had op de overeenkomst, dus volgens het beginsel, voor bedrog gehuldigd in B. W. 1364. (o. c. pag. 185. Evenzoo Opz. B.W.

Omdat de omstandigheden, waaronder de verklaring afgelegd is. de psychische dwang, aan een ieder duidelijk maken, dat de gedwongene niet gewild heeft. Den wil kan men niet waarnemen, maar wel is mogelijk, dat men begrijpt. dat aan eene op zulke wijze verkregene verklaring geen wil ten grondslag kan liggen. Of degeen. die de bedreiging uitte, toch vertrouwde, doet niets ter zake, dat is den rechter onverschillig. Alleen van belang is, dat de gedwongene klaarblijkelijk niet gewild heeft: op dien grond alleen ontzegt men aan de verklaring alle gevolgen [1]). Bij psychischen dwang komt men langs eene omweg tot hetzelfde resultaat als het wilsdogma. Deze laatste theorie zegt dadelijk: bij dwang geen wil, dus geen gevolg. Het vertrouwensdogma gaat over Keulen naar Amsterdam: de omstandigheden, waaronder de verklaring is afgelegd, wijzen zoo duidelijk uit, dat er geen wil bij de zich verklarende partij aanwezig was, dat de wederpartij dien wil niet mocht, ja zelfs, mirabile dictu, niet kon veronderstellen. [2])

Prof. Modderman heeft het den geweldenaren zeer gemakkelijk gemaakt. Niet alleen zegt hij, dat men

---

VI. pg. 116. Schlossmann, zur Lehre vom Zwange pg. 139 v.) M. i. is dit een eisch der billijkheid en door dit aan te nemen, verlaat men het wilsdogma en sluit zich aan bij de vertronwenstheorie. Hier is slechts het in den tekst besproken relevant.

[1]) Cf. L. 4. D. 50. 17.: velle non creditur, qui obsequitur imperio patris vel domini.

[2]) Cf. Modderman ll. waar hij citeert prof. Fockema Andreae: »de redeneering van A na B's (des gedwongenen) woorden, onder die omstandigheden gesproken, kan geen andere zijn, dan deze: etc.» Op den geweldenaar zou men het gezegde van Regelsberger kunnen toepassen (o. c. pag. 18): »die Redlichkeit wird (hier) fingirt.»

vertrouwen moet, maar ook leert hij, h o e men zijn vertrouwen te stellen heeft. Te betreuren is het dan ook, dat niet alle geweldenaars of zij, die van plan zijn het te worden, dit weten. Het zou toch best kunnen gebeuren, dat iemand, die zich door bedreiging een chèque heeft laten afgeven, afgaande op het karakter van hem, die dit deed, het vertrouwen opvatte, dat deze persoon zijn eed of gegeven woord zou gestand doen, zoodat hij, in spijt van de uitspraak van den Groningschen en den Leidschen hoogleeraar, het bewijs zou geven, dat nog andere redeneering mogelijk is.

Inderdaad, ik geloof, dat hier te veel en dus niets bewezen is. M.i. zouden de voorstanders van den wil die geheele redeneering met voordeel kunnen gebruiken tot bewijs van hunne stelling, dat in casu de wil ontbreekt: zelfs de antagonisten erkennen het. De geheele argumentatie komt hierop neer: omdat het zoo onbetwistbaar is, dat bij psychischen dwang de wil ontbreekt, willen wij, voorstanders der vertrouwensleer, den geweldenaar niet toelaten te bewijzen, dat hij wel vertrouwd heeft, dat de verklaring w i l s verklaring was.

Wil men de redeneering vinden, die van het standpunt der vertrouwenstheorie consequent is, dan sla men Cicero op, waar hij spreekt over de vraag, of het noodzakelijk is een opgewekt vertrouwen gestand te doen. [1]) Hij is van meening, dat er verschillende gronden kunnen zijn, die een teleurstellen rechtvaardigen. Als een dier gevallen noemt hij: ». . . . illis promissis standum non esse quis non videt, quae coactus

---

[1]) de Off. I. 10. 31. v.

quis metu . . . . promiserit?» Het is onredelijk een tengevolge van bedreiging opgevat vertrouwen gestand te moeten doen. Maar dat neemt niet weg, dat Cicero hier aanneemt, dat het vertrouwen opgevat is. De groote Romeinsche redenaar bevindt zich hier geheel op het subjectieve standpunt, dat het vertrouwensdogma volgens mij niet mag verlaten. In dien gedachtengang past ook volkomen de restitutio in integrum, welke ik boven bij de bespreking van het wilsdogma gewraakt heb. Vermoedelijk was de praetor het op het oogenblik, dat hij den gedwongene wilde herstellen tegen zijne afgeperste wilsverklaring en het tengevolge daarvan opgevatte vertrouwen, geheel eens met Cicero. Hij heeft zich waarschijnlijk laten meeslepen door datzelfde begrip van onredelijkheid, dat Cicero bezielde op het oogenblik, dat hij deze woorden nederschreef. Hij hield toen echter geene rekening met het elders aangenomen stelsel van nietigheid.

Maar tegen die redeneering is ook weer hetzelfde groote bezwaar aan te voeren, nl. dat men om overwegingen, gelegen buiten de leer zelve, de theorie verlaat, d. i. dat het dogma onhoudbaar blijkt en dat dus de voorstanders van de leer van den wil met eenig recht hetzelfde doodvonnis kunnen uitspreken, dat de aanhangers van deze richting hun deden beteekenen: «regula, simul cum in aliquo vitiata est, perdit officium suum».

Ten bewijze, dat Prof. Modderman deze waarheid wel gevoeld maar niet uitgewerkt heeft, kan nog dienen deze verklaring, die hem uit de pen gevloeid is: [1]) »ik wil

[1]) o. c. pg. 55. Cf. voor zoover prof. Land betreft ook nog pag. 164 i.f., 165 van zijn bovenaangehaald werk.

er niet op wijzen, dat men het telkens, ik zoude bijna zeggen mala fide, voorstelt, alsof tengevolge der nieuwe leer de verbintenissen tegen den wil regel zullen worden, alsof de wil om zich al of niet te verbinden voortaan niets meer te beduiden zal hebben [1])». Daar wilde ik juist wel op wijzen, omdat de wil, dien men eerst van het tooneel doet verdwijnen [2]), hier weer achter de coulisen uitkijkt. Deze uiting laat zich gereedelijk verklaren in verband met het krachtige betoog dat de vertrouwenstheorie geen vana simplicitas wil [3]), maar juist die vana simplicitas geeft aan de theorie den genadeslag.

Vatten wij dit alles samen, dan blijkt, dat wij voor een dilemma staan. Of de voorstanders dezer leer zeiden iets, wat zij niet meenden, en dan doen wij maar het beste het als niet geschreven te beschouwen. Of hetgeen zij hier zeiden is juist, maar dan vervalt de eerste frase der bovenaangehaalde formuleering en wenschen zij den wil geen gevolg toe te kennen niet in alle, maar in sommige gevallen. Dat de beslissing voor de vertrouwenstheorie in eerstgemelden zin moet uitvallen, hoop ik boven aangetoond te hebben.

Mitsdien blijft als grondregel voor het vertrouwensdogma over: den wil als bindend element van het tooneel te doen verdwijnen om plaats te maken voor de verklaring; zij wil u binden, niet aan hetgeen gij wilt, maar aan hetgeen gij zegt te willen, aan hetgeen de wederpartij op grond daarvan heeft aangenomen

---

[1]) ik spatieer.

[2]) Testibus pag. 14, 39 cit.

[3]) Cf. ook Mr. Feith in Gids, Mei 1881 pag. 373 i.f., 374.

en vertrouwd, dat gij wildet. Het verdere gedeelte van mijne critiek kan zich daarom bepalen tot deze formuleering, welke men, ter onderscheiding, de leer van het gesproken woord zou kunnen noemen.

Rudolf von Jhering heeft opgemerkt, dat, naarmate de taal van een volk op lager trap van ontwikkeling staat, minder woordenrijk is, steeds groote kracht aan de uitgedrukte gedachte toegekend wordt. Komt een volk tot ontwikkeling, dan verdwijnt dit en krijgt de gedachte zelf ook wat te beteekenen [1]).

Diezelfde gewaarwording drong zich ook aan mij op bij het bestudeeren van deze quaestie. Reeds het oude Romeinsche recht, dat der twaalf tafelen, huldigde het woorddogma in optima forma. Wie kent niet de zoo beroemde paragraaf: «cum nexum faciet macipiumque, uti lingua nuncupasset, ita jus esto»? De beteekenis hiervan is duidelijk. In het obligatierecht en bij overdracht van goederen zal het gesproken woord gelden, wordt als gewild aangenomen, hetgeen in de verklaring is uitgedrukt [2]). Op het niet nakomen dezer stelde vermoedelijk dezelfde tafel eene poena dupli [3]) [4]).

Hier hebben wij, naar ik meen, het zuivere woord-

---

[1]) Geist d. Röm. Rechts II § 44.

[2]) Cf. Festus v. nuncupata; L. 48 D. 2 14.

[3]) Cic. de off. III. 16. 65.

[4]) »Quo nihil aequius», meent Pothier in zijn commentaar op de geciteerde plaats der twaalf tafelen, terwijl hij waarschijnlijk niet vermoedde, hoe weinig dit overeenstemde met zijne grondregel voor interpretatie: in conventionibus contrahentium voluntatem potius quam verba spectari placuit, L. 219 D. 50. 16. Tr. d. oblig. n°. 91.

De meeningen verschillen over de vraag of die commentaar van Pothier zelf is. Dupin meent dat M. de Guienne er een groot

dogma, zoo kort en bondig mogelijk weergegeven. De twaalf tafelen bevatten dus al het — reeds oude — beginsel der «nieuwe leer». Maar het latere recht toonde zich daarmede hoe langer hoe minder ingenomen. Steeds meer bleken de inconvenienten en langzamerhand ontstaat dan ook eene reactie.

Reeds Cicero persifleert het hechten aan het gesproken woord, «das subjective Haften an den äussern Erscheinung» [1]), hier en daar in zijne werken, waardoor aangetoond wordt, dat de inconvenienten aan hen, die veel in processen betrokken waren, bereids ten volle bekend zijn.

In zijne oratio pro A. Caecina behandelt Cicero de vraag, of de woorden van het interdictum de vi armata letterlijk op te vatten zijn, of dat meer in aanmerking komt de bedoeling, welke de praetor met die formuleering gehad heeft. Door verschillende voorbeelden maakt Cicero duidelijk, dat het niet altijd billijk is aan den letter te blijven hangen, met verwaarloozing van de bedoeling.

Iemand maakt M' Curius tot erfgenaam als zijn filius postumus overleden zal zijn. Hem wordt geen filius postumus geboren. Wat nu? Is nu M' Curius geen erf-

---

aandeel in had, maar zegt toch: »Pothier a pris pour base de son travail (dit twaalf-tafelen-commentaar) celui de J. Godefroy en y joignant seulement son commentaire plus étendu.» (Levensbeschrijving van Pothier in de uitgave van diens werken 1824 dl. I pg. 57 i.f.) Bugnet zegt daarentegen in de levensbeschrijving van denzelfden auteur, dat de geheele commentaar van de Guienne is (uitgave van Pothier's werken 1848 dl. II pg. 7[2]) Wie is te gelooven?

Die inconsequentie van Pothier treffen wij bij vele voorstanders van den wil, zij het dan ook in eenigszins anderen vorm aan.

[1]) Jhering o. c. II § 44 pg. 470.

genaam? Neen. hij volgt den erflater wel op: dit was de bedoeling van den testateur, ofschoon hij haar niet uitdrukte: «verba reperta sunt, non quae impedirent, sed quae indicarent voluntatem» [1]).

Er is eene wet, die zegt: usus auctoritas f u n d i biennium esto. Zal dit nu niet voor een huis gelden, omdat dit niet genoemd is? Dan zou de blinde Appius Claudius ook niet in rechte kunnen optreden, omdat hij nooit van zich zelf zou kunnen zeggen de voor het instellen eener actie vereischte formule: «quandoquidem te in jure c o n s p i c i o.» Evenmin zou de ingestelde erfgenaam «p u p i l l u s Cornelius» erven kunnen, wanneer hij bij den dood des erflaters reeds twintig jaar en dus geen »pupillus» meer was [2]).

De woorden van het interdictum de vi armata geven zelve een voorbeeld. «Unde tu, aut f a m i l i a, aut procurator tuus etc.», aldus begint de formule. Wanneer nu de ontzetter was één slaaf of de eenige slaaf van den dominus, kan het interdict dan niet uitgesproken worden? Immers wat is gemakkelijker, «quam probari iis, qui latine sciant, in uno servulo familiae nomen non valere?" Eén slaaf kan men geen «familia» noemen, maar is dat in overeenstemming met de bedoeling en zou men daarom de ingestelde vordering moeten ontzeggen aan de uit het bezit ontzette partij? Zeer zeker niet. Door dit rechtsmiddel zou de eischer in het bezit hersteld worden, niettegenstaande de woorden. [3]).

---

[1]) o. c. 18. 53.
[2]) o. c. 19. 54.
[3]) o. c. 19. 55.

Evenzoo zijn in dat interdict ruimer te interpreteeren de woorden «hominibus coactis armatisve». [1])

Deze en dergelijke voorbeelden worden aangehaald om de recuperatores te overtuigen, dat de bedoeling volstrekt niet mag verwaarloosd worden. Tevens maakte Cicero gebruik van de gelegenheid, om zijne tegenpartij, soms in minder vleiende termen, op haar streven, aan den letter te blijven hangen, attent te maken. Zoo vereert hij haar bv. de volgende allocutie: «tu, qui tam callide verbis controversias, non aequitate dijudicas et jura non utilitate communi, sed litteris exprimis." Wat de letterlijke opvatting van verklaringen in het algemeen aangaat, daarvan zegt hij o. a. het volgende: «Quae lex, quod senatusconsultum, quod magistratus edictum, quod foedus aut pactio, quod (ut ad privatas res redeam [2]), testamentum, quae judicia aut stipulationes, aut pacti et conventi formula non infirmari aut convelli potest, si ad verba rem deflectere velimus, consilium autem eorum, qui scripserunt et rationem et auctoritatem relinquamus? Sermo, mehercule, familiaris et quotidianus non cohaerebit, si verba inter nos aucupabimur. Denique imperium domesticum nullum erit, si servulis hoc nostris concesserimus, ut ad verba nos oboediant, non ad id, quod ex verbis intelligi possit, obtemperent.» [3]) Wanneer hij dan nog meent: «scrip-

---

[1]) o. c. 21. 59—61; 22, 62—63.

[2]) Cf. Top. 25, 96.

[3]) o. c. 18, 52—53. In dezen geest nog: de off. I. 13. 40: »semper... in fide quid senseris, non quid dixeris cogitandum»; de orat. I. 55. 236; »est .... jurisconsultus ipse per se nihil, nisi legibus quidam cautus et acutus, praeco actionum, cantor formularum, auceps syllabarum.»

tum sequi calumniatoris. boni judicis voluntatem scriptoris auctoritatemque defendere» [1]), dan blijkt wel, dat Cicero van oordeel was, dat het verkeer met de heerschappij van het gesproken woord niet gebaat was.

Ook in later tijd werd het woorddogma veroordeeld. Gaius spreekt er over als van eene «nimia subtilitas veterum» [2]) en Constantijn schaft in de procedure de formulae of als «insidiantes aucupatione syllabarum.» [3]) Zoo ging men langzamerhand meer en meer op de bedoeling letten, zoodat Papinianus zelfs verklaarde, dat dit bij overeenkomsten eene algemeen gehuldigde meening was (placuit) [4]).

Toen men ten onzent de justinianeesche codificatie als ratio scripta recipieerde, adopteerde men daarmede tevens de meeningen der Romeinsche juristen, welke, gelijk wij zagen aan de bedoeling groote waarde hechtten. Tal van schrijvers laten zich in dezen zin uit.

H. Grotius definieert overeenkomst als: «de eendragt des willes van twee ofte meer luyden tot eens ofte beyder nut» [5]). Simon van Leeuwen deelt ons mede [6]), dat alle verbintenissen «moeten geschieden uit een vrij en volkomen oefening des wils.» Ook bij Vinnius lezen wij die opinie herhaaldelijk. Zoo bv.: «quidam (contractus)

---

[1]) pro Caec. 23. 65. Evenzoo Claud. Cantiunculus: »hinc etiam ut barbarissimae, et nobili ingenio indignissimae, ita vaferrimae illae juris cautelae, praecipuum nunc forensium Rabularum pabulum.» (in een werk: »varii juxta ac utiles clarissimorum tam veterum quam recentium J. C. tractatus in duos libros digesti.» Coloniae 1580 pg. 99 v.)

[2]) Gai IV. 30. cf. ibid IV. 11.

[3]) c. 1. C. 2. 58.

[4]) L. 219 D. 50. 16.

[5]) Inleid. t. d. Holl. R. III. 6. 2, cf. Jus B. ac. P. II. 11. 4. 2.

[6]) R. H. R. IV. 2. 2.

consensu fiunt, id est, praeter consensum, quomodocumque declaratum, ad sui perfectionem nihil desiderant,» [1]) waar consensus blijkbaar op wilsovereenstemming ziet; en elders [2]): «nimirum leges romanae ex nuda conventione neminem obligari voluerunt, ne qualecumque promissum et sermo saepe inconsultus magis quam ex voluntate proficiscens, necessistate juris promittentem illigaret; et litium quoque, ut opinor, praecidendarum causa; sed excogitata est conventio certo modo et forma concipienda celebrandaque, quam deliberati animi certum signum esse voluerunt.»

Zoo zijn er meer.

Evenwel, er is een punt waar zij ook de voorkeur aan de verklaring geven boven den wil, en dit is te eigenaardiger, omdat hier dezelfde maatstaf te voorschijn komt, welke wij bij de voorstanders der vertrouwensleer aantroffen. Grotius behandelt dit in zijn werk de jure belli ac pacis [3]) en ik citeer deze

---

[1]) Comm. ad. § 2 I. III. 14 n°. 12.

[2]) ibid. I. III. 16 praef. n°. 4; cf. ibid. ad § 2 I. II. 7.

[3]) lib. II cap. 4. § 3, cf. ibid II. 16. 1. L. 25 § 1 D. 32. Naar deze plaats wordt nog eens elders verwezen en wel lib. II. c. 6. § 1. waarbij tevens in margine geciteerd staat D. Scotus, een der middeleeuwsche scholastieken, waarvan Grotius in de prolegomena (§ 52) gewaagt. Daardoor liet zich de mogelijkheid denken, dat Grotius zich misschien door argumenten, aan deze of andere scholastieken en hunne theologia moralis ontleend, had laten inspireeren bij het nederschrijven van deze woorden. Inlichtingen, welke Ds. M. J. Mees en prof. Dr. W. H. Kosters mij zoo welwillend verschaften en waarvoor ik hun bij deze gaarne openlijk mijn dank betuig, stellen mij in staat te verklaren, dat Grotius met dat citaat van Scotus niets anders bedoelde, dan aan te toonen dat die oude scholast ditzelfde ook reeds op zijne wijze verklaarde, doch dat de groote jurist diens argumenten wel niet alle zal beaamd hebben: om Grotius te verklaren behoeft men de scholastieken niet te lezen. Toch komt mij

plaats, omdat zij beter dan eenige andere, die ik tegen kwam, de vraag stelt. «Juris effectus», zoo zegt hij daar, «quae ab animo pendent, non possunt tamen ad solum animi actum consequi, nisi is actus signis quibusdam indicatus sit, quia nudis animi actibus efficientiam juris tribuere non fuerat congruum naturae humanae, quae nisi ex signis actus cognoscere non potest: qua de causa etiam interni actus meri legibus humanis non subjacent. Signa autem nulla de animi actibus certitudinem habent mathematicam, sed probabilem tantum, nam et verbis eloqui aliud possunt homines, quam quod volunt et sentiunt et factis simulare. Neque tamen patitur natura humanae societatis ut

---

dit, oppervlakkig geoordeeld, niet waarschijnlijk voor. Grotius was er de man niet naar iets te lezen, zonder dat dit eenigen indruk achterliet: »zijn lezen was denken en zijn denken was doen», getuigde prof. Opzoomer van hem (Losse Bladen I pg. 425) en daarom geloof ik te mogen aannemen, dat de geschriften uit vroeger tijd over theologia moralis, die Grotius las, zoo zij al niet in alle bijzonderheden door hem beaamd werden, toch grooten invloed gehad hebben op veel, wat hij en vele anderen na hem op juridisch gebied gedacht en geschreven hebben. Wellicht zou het voor de rechtsstudie niet van belang ontbloot zijn, den invloed dezer geschriften na te gaan op de juristen, die leefden in een tijd, toen de godsdienst innig samenhing met alle takken van wetenschap.

De plaats van Scotus, die hierop slaat is uit zijn werk de jure civili, lib IV. qu. 5. art. 1, waar hij de vraag bespreekt »utrum sua quisque voluntate naturali jure rei suae dominium valeat in alterum transferre?»: is het overeenkomstig het jus naturale, dat iemand sua voluntate den eigendom van eene zaak aan een ander kan overdragen? welke vraag hij ontkent. Wat Grotius waarschijnlijk in het bijzonder voor den geest gezweefd zal hebben, is hetgeen Scotus ter zijner rechtvaardiging als eerste argument aanvoert. De verdere argumenten zijn hier van geen belang.

actibus sufficienter indicatis nulla sit efficacia. Ideo quod sufficienter indicatum est, pro vero habetur adversus eum, qui indicavit.»

Welke is de beteekenis, die plaats heeft voor de leer van den wil? Er is verschil denkbaar tusschen wil en verklaring. Wanneer nu de wil voldoende is uitgedrukt, wordt de verklaarde wil voor den werkelijken gehouden ten opzichte van hem, die de rechtshandeling verrichtte. De wil moet voldoende verklaard zijn, maar ten aanzien van wien? Het antwoord geeft Grotius zelf: natura humanae societatis, d. i. volgens Gronovius [1]): communicatio inter homines, het verkeer. Wanneer dus in het verkeer door iedereen, door den «Durchschnittsmensch», de wil als voldoende verklaard beschouwd wordt, geldt de verklaring als bindend element. Het wilsdogma kan ook niet dien objectieven maatstaf dulden, het eischt een subjectieven. Voldoende verklaard zou volgens die leer de wil slechts zijn, indien de verklaring er geheel mede overeenstemde. Doch dit wil Grotius niet. Wanneer het verkeer van oordeel is, dat de eene partij zijn wil voldoende verklaard heeft, dan goldt de uitgedrukte als de werkelijke wil en dan is het onverschillig welke en of er wel een wil geweest is.

Evenzoo oordeelen vele voorstanders der wilstheorie van onze dagen; ook thans eischen zij een regel: «interpretatio cessat in claris.» Zoo lezen wij b. v. bij Mr. Feith het volgende [2]): «. . . . als wij spreken van den wil van partijen, (wordt) er niet gedacht . . . . aan

---

[1]) ad Grotii jus b. ac p. II. 6. 1. 1.

[2]) Mr. P. R. Feith in Gids, Mei 1881, pg. 377 v.

datgene, wat onbemerkt in hun gemoed omgaat, maar aan den wil, die zich in woorden en daden openbaart. De rechter kan alleen over objectieve feiten oordeelen; in de inwendige overleggingen des harten mag hij niet doordringen. Eerst dan, als zij in het leven treden, als er woorden gesproken of daden gedaan worden, die uit den wil voortspruiten, worden zij het voorwerp van de waarneming van anderen. Dan kan men uit die woorden en daden tot het bestaan van dezen of genen wil besluiten; een wil, die alleen gedacht wordt, kan geene gevolgen voortbrengen.

«Is dit eene concessie en behoorde ik mij nu althans aan te sluiten bij hen, die niet in den wil, maar in de wilsverklaring het bindend element zien? Ik geloof het niet en heb boven reeds opgegeven, waarom deze formuleering mij onvolledig voorkomt. Alleen dan, wanneer de wil zich in ondubbelzinnige woorden geuit heeft, zou ik er geen bezwaar in zien die verklaring als eenigen grondslag voor de overeenkomst aan te nemen en alle verder onderzoek omtrent de bedoelingen in strijd met den uitgedrukten wil af te snijden. Daarmede zou ik echter niet hebben uitgesproken, dat de overeenkomst niet op den wil berustte; maar eenvoudig, dat, waar eene ondubbelzinnige wilsverklaring bestaat geen andere kenbron van den wil meer in aanmerking komt. Waar het te doen is, niet om den wil als psychologisch moment, maar om den wil, die naar buiten optreedt, is de wilsverklaring afdoend bewijs, dat tegen alle andere ruimschoots opweegt, daar uit die andere in het gunstigste geval niet anders dan eene onuitgesproken afwijkende bedoeling zou kunnen worden afge-

leid [1])». Mr. Feith schuift de vraag op het bewijs van den wil en meent, dat geen bewijsmiddel zoo sterk is als de wilsverklaring. Hiermede geraken wij weer van den weg af. Boven trachtte ik aan te toonen, dat de verklaring van den wil niet dient om het bestaan dier bedoeling te bewijzen [2]). Immers wat is rechtens, wanneer «alle andere bewijs» ook eens eene wilsverklaring was, gelijk het bij reservatio mentalis voorkomen kan, wanneer men uitdrukkelijk, desnoods bij authentieke acte, verklaart, dat de offerte slechts gedaan werd om de wederpartij om den tuin te leiden en allerminst in overeenstemming is met den werkelijke wil? Is er dan nog eene onuitgesproken afwijkende bedoeling? Het antwoord kan m. i. niet anders dan ontkennend luiden en daarmede vervalt de reden, waarom Mr. Feith geene concessie meende te doen aan de vertrouwenstheorie. Hem blijft dus niets anders over dan te erkennen dat hij één lijn trekt met Grotius en het wilsdogma verlaat, als de natura humanae societatis dit eischt [3]).

Deze opvatting van Grotius, Feith e. a. vertoont iets eigenaardigs, wanneer wij haar vergelijken met het objectieve vertrouwen, dat wij boven leerden kennen

---

[1]) Evenzoo: v. Savigny, Syst. III pg. 258 v. Jhering Jahrb. f. d. Dogm. IV. pg. 72[1]. Regelsberger. Civilr. Erört. pg. 20. Opz. B.W. V pag. 30. Ontw. BW. 1820 art. 2277.

[2]) cf. supra pg. 5. Op deze wijze trachtte men de reservatio mentalis in overeenstemming te brengen met het wilsdogma, welke meening weerlegd is door Röver (über die Bedentung des Willens etc. pg. 49 v.) zóó zelfs, dat Windscheid door dat betoog overtuigd werd en in een later opstel (Wille und Willenserkläring) amende honorable deed. Zie boven pg. 29 en Regelsberger o. c. pag. 81.

[3]) Cf. Modderman. o. c. pg. 12. v.

als ten onrechte aangenomen door Modderman c. s. Dat eigenaardige is — het klint paradox — dat beide theorien tot volkomen hetzelfde resultaat leiden. Grotius gaat uit van den wil, maar wenscht deze slechts in zoover te volgen, als het verkeer toelaat: dan treedt de verklaring op en doet den wil van het tooneel verdwijnen. Modderman daarentegen baseert zijne redeneering op de verklaring, maar, gedachtig aan den gulden regel: «in omnibus quidem, maxime tamen in jure aequitas spectanda est» [1]), ook slechts tot zóóver, als het verkeer gedoogt: zoodra dit een vana simplicitas aanneemt, een ongerechtvaardigde verwachting, een vertrouwen zonder eenigen grond, houdt de verklaring op te werken en wordt de eenige acteur de wil. Het vertrouwensdogma gaat uit van de meening, dat de bedoeling voldoende verklaard moet zijn tegenover dengene, die haar hoort uiten, de wilstheorie tegenover hem, die haar aflegt: doch als de billijkheid het eischt, geven zij gewillig toe en doen over en weer concessies. Het verkeer, dezelfde grootheid, is het dus, die bij beide theorien de afwijkingen regelt. Elke theorie gaat uit van het zuivere oppositum der andere, maar, wanneer het op oordeelen aankomt, gebruiken beide hetzelfde correctief. Daaruit volgt, dat de resultaten dezelfde moeten zijn.

Wanneer dit waar is, dan geloof ik dat het vraagstuk, dat zoolang tweespalt uitlokte in het kamp der juristen, slechts een woordenstrijd was [2]), dat au fond

[1]) L. 90 D. 50. 17.

[2]) Zie prof. Molengraaff, het verkeersrecht in wetgeving en wetenschap, oratio inauguralis, 1885, pg. 5.

beide partijen het volkomen eens waren en langs verschillende wegen hetzelfde resultaat verkregen.

Evenwel, dit dient dadelijk nog eens te worden geconstateerd, de theorie is hierbij opgegeven, ieder veroorlooft zich afwijkingen, als het verkeer dit eischt.

Prof. Asser schijnt de gedachte, dat het verkeer maatstaf van beoordeeling zou wezen, iets verschrikkelijks te vinden.

Hij verwijt [1]) aan prof. Modderman c. s., dat hunne leer zich in de nevelen der billijkheid verliest, zij is te vaag, te onbestemd en legt de beslissing voor elk geval op de schouders van den steeds feilbaren rechter, terwijl feitelijk alle regeling ontbreekt.

Indien dit, gelijk prof. Asser het voorstelt, een kwaad is, dan is het in ieder geval een noodzakelijk kwaad en dan verliest het alle waarde als argument. Ik herhaal het, de wilstheorie maakt zich aan hetzelfde euvel schuldig. Prof. Asser betoont zich een voorstander daarvan en verlangt die leer voorloopig te handhaven, terwijl hij voor de weinige gevallen, waarin de theorie onjuist blijkt te zijn, aanraadt het dogma te verlaten.

Wanneer blijkt die leer onjuist te zijn? Wanneer het verkeer, de billijkheid andere resultaten eischt. En dit is nog niets.

Maar zijn à priori die «betrekkelijk weinige» gevallen aan te wijzen? Wij hebben er wel enkele leeren kennen, maar kan het niet in de praktijk blijken, dat er veel meer zijn? Ik geloof, dat de groote verscheidenheid der

---

[1]) in zijne oratio inauguralis: wetenschap en wetgeving, 1892 pg. 16 v.

verhoudingen van menschen onderling ons recht geeft aan te nemen, dat onmogelijk alle combinaties tegelijk te overzien zijn en dat zeer goed kan blijken, dat de saillante gevallen, waarop men tot nu toe wees, zooals dwaling, dwang, reservatio mentalis etc., slechts een druppel in den emmer zijn. Wie heeft ten slotte over die afwijkingen te beslissen? Steeds de nog even feilbare rechter.

Ook deze grief geldt dus voor beide theoriën in gelijke mate. Doch is het wel een grief? Zou men het den rechter zoo euvel duiden, als hij voor ieder geval eene billijke, d.i. met het verkeer harmonieerende beslissing zoekt?

Wil men dit niet toegeven, dan bedenke men toch het volgende. De overgroote meerderheid der overeenkomsten wordt niet aan de cognitie des rechters onderworpen: er ontstaat geen strijd tusschen partijen. Hoe zou men anders van een objectieve billijkheid, van een verkeer kunnen spreken? Doch in het betrekkelijk kleine getal, waarin rechterlijke tusschenkomst gevraagd wordt, waar partijen het niet eens kunnen worden over den voorrang van wil of vertrouwen, in die kleine minderheid wordt het oordeel van een onzijdigen rechter gevraagd. Aldus wordt door staatshulp de uitvoering der overeenkomst in den eenen of anderen zin verzekerd.

Waarom komen partijen bij den rechter? Opdat deze zal uitmaken, wat recht is in hun geval, hetgeen hij door zijne studie van de menschelijke samenleving met meer zekerheid kan zeggen. Nu is het mogelijk, dat de rechter daarin faalt, errare humanum est, maar de kans, dat de rechter-deskundige de juiste beslissing

treft, is oneindig veel grooter, dan die van partijdige leeken.

Prof. Modderman voorzag, dat men zijne leer van vaagheid zou beschuldigen en meende die grief van te voren te kunnen elimineeren door zijn objectief rechtmatig vertrouwen: »de omstandigheden moeten van dien aard zijn, dat i e d e r bonus paterfamilias onder gelijke omstandigheden m o e s t vertrouwen.» [1]) Mijns inziens wordt de moeilijkheid hierdoor niet opgelost, maar slechts verplaatst. Welk is het vaststaande, niet vage begrip, dat beantwoordt aan: ieder bonus paterfamilias? Wat een »Durchschnittsmensch» is, hangt evenzeer van het verkeer af [2]) en de moeielijkheid blijft dus bestaan.

Eindelijk heeft prof. Modderman nog een verwijt verdiend. In zijn meermalen geciteerd werk begint hij door voorbeelden aan te toonen, dat het wilsdogma onhoudbaar is, en als dan, van hun kant, de aanhangers van die leer op dezelfde wijze de onhoudbaarheid van het vertrouwensdogma trachten te bewijzen, geeft hij die pogingen epitheta — men zou kunnen zeggen dedecorantia — als »er op berekend de nieuwe leer bespottelijk te maken» [3]) en »ongerijmde consequenties» [4]), zonder zelfs te onderzoeken, of er ook maar een schijn van waarheid in schuilt. In dat opzicht zijn de voorstanders van het wilsdogma oprechter: zij erkennen hunne feilen en trachten die te beteren.

---

[1]) o. c. pg. 48.
[2]) Cf. Hamaker, Recht en Maatschappij p. 97. v.
[3]) o. c. pg. 49.
[4]) o. c. pg. 50.

Aan het einde van dit hoofdstuk genaderd, vergunne men mij nog enkele gevallen op te geven, waarin de billijkheid eischt, dat de nadruk gelegd wordt op den wil, de verklaring daarentegen geen invloed op de verhouding van partijen heeft. Aldus volg ik denzelfden weg, dien de voorstanders der vertrouwenstheorie vóór mij bewandelden om de onhoudbaarheid van het wilsdogma aan te toonen. Deze weg is nog weinig betreden, zoodat men het mij wellicht ten goede zal houden indien ik de voorbeelden niet onder zulke algemeene groepen gebracht heb, als dat bij de bestrijding van het wilsdogma geschied is.

Eén eerste casuspositie vinden wij reeds bij Cicero aangegeven. [1]) Iemand verklaart zijn wil, doch zoodanig, dat zijne wilsuiting tot meerdere opvattingen aanleiding geeft of de bedoeling niet duidelijk was. «Met hoeveel zorg men zijne woorden ook kieze, toch zal het wel onmogelijk zijn, altijd onzekerheid en onvolkomenheid te vermijden; evenmin als de wetgever kunnen ook partijen steeds zoo gelukkig zijn in hunne formuleering, dat zij alle kwesties vooruit afsnijden.» [2]) Wat is nu natuurlijker dan dat men aan dengene, die de dubbelzinnige of duistere verklaring aflegde, vraagt: wat bedoelt ge? Is die vraag volgens de theorie van het gesproken woord te verdedigen? Neen. Daar is slechts dat het gevolg der verklaring, wat de tegenpartij er in meende te ontdekken, en nu heeft men, naar ik meen, het volste recht deze consequentie te verwerpen, mits men daarbij

---

[1]) de Inv. II. c. 40. v. Cf. auctor ad Herenn. II. 9.
[2]) Mr. Feith. o. c. pg. 373.

erkent den door het woorddogma aangewezen weg te hebben verlaten.

Een dergelijk verschijnsel is waar te nemen, wanneer iemand zich verspreekt of verschrijft. Zittelmann geeft daarvan een voorbeeld, geciteerd door prof. Modderman.[1]) Iemand gaat in een winkel om een kist sigaren te bestellen van 90 Mark en, terwijl hij nog in de deur staat, bedenkt hij, dat hij zich versproken heeft en, in plaats van 90 Mark, 90 Thaler zeide. Onmiddelijk deelt hij den winkelier zijne vergissing mede. Kan deze nu zeggen: eens gezegd, blijft gezegd; ik lever u sigaren van 90 Thaler? Niemand zal dit aannemen, ook prof. Modderman niet. Toch zou men volgens het woorddogma hiertoe moeten besluiten, evenals men tot iemand, die zich bij het kaartspel «vertrokken» heeft, zegt: wat ligt, ligt. De billijkheid eischt echter anders en prof. Modderman meent zijne afwijking van deze consequentie te kunnen verdedigen, door de opmerking, dat zijne theorie niet de mogelijkheid uitsluit om gelijktijdig met de offerte eene dadelijk ontdekte fout te herstellen. Doch die opmerking is m. i. bezijden de waarheid. De fout is niet gelijktijdig met de offerte, doch na het tot stand komen der overeenkomst ontdekt. De winkelier heeft reeds door zijn: ik zal er voor zorgen, mijnheer! te kennen gegeven, dat er bij hem een vertrouwen was opgewekt, dat de klant sigaren van 90 Thaler wilde koopen. Wat niet bezijden de waarheid is, is dit, dat de bedoeling van den klant hier dient geeerbiedigd te worden, dat diens wil maatstaf is voor de overeenkomst, doch daarmede geeft men het woorddogma prijs.

[1]) o. c. pg. 49. v.

A. presenteert B. zijn halve vermogen. B. accepteert. doch meent, dat dergelijk aanbod niet door iemand in vollen ernst kan geschied zijn. Hij is dus in de vaste overtuiging dat A. heeft willen schertsen bij zijne propositie. A. levert echter het beloofde aan B. en B. neemt het aan. Later komt A., die om de eene of andere reden berouw heeft over het gebeurde, dat gemis van vertrouwen bij B. te weten en beroept zich nu bij de reivindicatie van zijn goed op het feit, dat geene overeenkomst is kunnen ontstaan, dat dus het goed zijn eigendom gebleven is en B. het mitsdien onrechtmatig bezit. Zou deze eisch toegewezen worden? Of zou niet eerder de rechter letten op de bedoeling van A. en het «nihil tam conveniens est naturali aequitati voluntatem domini volentis rem suam in alium transferre ratam haberi» toepassen? Ik geloof, dat de laatste meening de eenige billijke oplossing is en het berouw van A. dus, zooals gewoonlijk, een weinig te laat komt.

X. heeft van een credietvereeniging zekere som geleend en IJ. heeft zich daarvoor als borg verbonden. Om IJ. zekerheid te verschaffen, verkoopt X. hem eenige bezittingen voor het bedrag der borgtocht, waarbij IJ. in de acte verklaart, dat hij de zaken van X. ontvangen heeft, maar deze aan dien X. in bruikleen afstaat; zoodra X. de schuld aan de credietvereeniging afgedragen heeft, zal het koopcontract met al zijne gevolgen ophouden te bestaan. Echter heeft zekere Z. zich wegens eene vordering op X. eenige van de aan IJ. verkochte goederen in pand laten geven. IJ. beroept zich tegen Z. op zijn eigendom, terwijl Z. dat koopcontract voor gesimuleerd verklaart IJ. voert hiertegen weder aan,

dat die simulatie door Z. uit de lucht is gegrepen, immers dat hij, IJ., naderhand met X. eene overeenkomst heeft gesloten, waarbij hij beloofde de schuld aan de credietvereeniging te zullen voldoen en de goederen daarvoor te mogen behouden, door welke overeenkomst de vroegere bepaling over het vervallen van het koopcontract opgeheven werd [1]). Z. meent hier dus simulatie te ontdekken, waar in werkelijkheid de bedoeling anders was. Ook hier zal billijkerwijze zijne subjectieve opvatting tot de geldigheid der overeenkomst niets afdoen en hij zijn pand moeten teruggeven.

Somtijds wordt op den wil van de partij, die de verklaring aflegt, gelet, hoewel deze niet verklaard was. Dat dit groote ketterij is, in de oogen van de voorstanders van het vertrouwensdogma, behoeft geen betoog. Voorbeelden hiervan zijn de volgende casusposities.

Vroeger werd jure romano een testament gemaakt per aes et libram. Dit geschiedde in twee handelingen, mancipatio familiae en nuncupatio testamenti [2]). Deze laatste handeling bestond in het voor getuigen verklaren, dat zekere oorkonde des verklaarders uitersten wil inhoudt. Het oude recht hechtte alleen aan het gesprokene woord en daarom moesten eigenlijk alle beschikkingen mondeling worden herhaald, doch om goede redenen deed men het maar in eens af door te verklaren, dat dit testament des erflaters uitersten wil bevatte. Nu is iemand in dat testament ingesteld voor één derde als erfgenaam, terwijl toch bedoeld was de

---

[1]) Voorbeeld van L. Jacobi, Akad. Practica, I. 2. 20; in denzelfden geest, ibid. I 3. 21.

[2]) Gai. II. 104.

helft. Eigenlijk zou de erfgenaam nu slechts voor één derde kunnen opkomen. Celsus echter meent, dat hij toch voor de helft de nalatenschap kan beuren; de nuncupatio zou de bedoeling van den erflater in het algemeen bekrachtigen. [1]) Dank zij deze fictie kan de bedoeling volgens Celsus effect sorteeren, maar die verklaring blijft eene fictieve, d. i. geene verklaring.

Zeer na verwant hieraan is eene reeks gevallen, waarover in de laatste jaren veel gesproken is, nl. de «Voraussetzung,» [2]) stilzwijgende voorwaarde [3]) of voorbehoud. [4]) Het zou mij te ver voeren de leer der stilzwijgende voorwaarden in bizonderheden na te gaan. Men vergunne mij hier slechts de definitie van Prof. Naber over te nemen: «Het is de voorwaarde, die klaarblijkelijk door partijen bedoeld is, hoewel zij noch door hen is uitgesproken, noch door de wet gepresumeerd wordt». [5]) Beide praeadviseurs geven voorbeelden, waarin de stilzwijgende voorwaarde de attentie verlangt en toepassing eischt. Voorzeker zal er altijd de bewijsvraag ten nauwste mee samenhangen, doch het gaat hier evenals bij de reservatio mentalis, het bewijs moge lastig zijn te leveren, de mogelijkheid, dat ze te bewijzen is, voldoet reeds. Door dus in sommige gevallen aan de stilzwijgende voorwaarde werking toe te kennen, neemt men een regres op den wil aan, en wel

---

[1]) L. 9. § 2. D. 28. 5; een dergelijk voorbeeld bij Cic. pro Cluent. 59. 162.

[2]) Windscheid, Pand: I § 97.

[3]) Prof. Mr. J. C. Naber, praeadv. Handel. Ned. Jur. Ver. 1889 I. pg. 25.

[4]) Prof. Mr. J. P. Moltzer, praeadv. ibid. pag. 156.

[5]) o. c. pag. 25 en 50. Hieronder zouden wellicht ook te brengen zijn de gevallen van eigenlijke dwaling, supra pg. 19. v.

op een wil, die niet verklaard is. Daarmede geeft men de verbindbaarheid van het gesproken woord kennelijk prijs. Daarom is ook die erkenning zoo inconsequent in het genoemde praeadvies van prof. Moltzer: deze toch betoont zich een vurig aanhanger der vertrouwenstheorie. [1]) Dat deze gevallen reeds lang bekend en erkend zijn, bewijst, dat zelfs het zoo strenge jus civile aan dat voorbehoud werking toezegde buiten den verklaarden wil om [2]). Bij de belofte om een bruidschat te geven bv. was de stilzwijgende voorwaarde deze, dat het huwelijk werkelijk voltrokken werd. Niettegenstaande die belofte geschied was door eene stipulatio, waarbij eigenlijk alleen de uitgesproken voorwaarde de werking kan beperken, waarbij men dus geheel aan de gebruikte woorden gebonden was [3]), meende Paulus hier toch aan die niet uitgedrukte voorwaarde kracht te moeten geven, met dien verstande, dat zoo het huwelijk niet voltrokken werd, de stipulatio niet behoefde nagekomen te worden: «evanescit stipulatio» [4]).

Een aardig voorbeeld van eene stilzwijgende voorwaarde is ook het volgende. Iemand belooft een student «tot aan zijne promotie» jaarlijks zekere som te zullen uitkeeren. De student, een liefhebber van een vroolijk leven, besluit de studie niet al te ernstig op te vatten, vooral, daar hij geen kans ziet in de eerste jaren na het verlaten der hoogeschool een dergelijk inkomen te verdienen. Weldra viert hij zijn koperen jubilaeum als

---

[1]) o. c. pg. 131 v.
[2]) Prof. Naber. o. c. pg. 28[2].
[3]) L. 126 § 2 D. 45.1.
[4]) L. 4 § 2 D. 2. 14.

muzenzoon. Doch dit begint zijn Maecenas te verdrieten en deze wil hem nu geen geldelijke toelage meer zenden, daar het de bedoeling was, de ondersteuning te geven voor een redelijken tijd: zijn niet al de jaar- en studiegenooten met den doctoralen bul vertrokken en zou men dus de termijn, dien onze studiosus aan zijn arbeid besteed heeft, niet redelijk kunnen noemen? [1]) Mijns inziens zou het antwoord niet anders kunnen luiden, dan «dat het nu wel is» en ik geloof niet, dat er een rechter te vinden zou zijn, zoodanig de slaaf van het woorddogma, dat hij den weldoener veroordeelen zou de toelage voort te zetten op grond van zijne vroegere belofte, den student financieel te steunen «tot aan zijne promotie.» Ook hier wederom gaat de wil vóór de verklaring en de voorstanders van het woorddogma kunnen deze gevallen niet erkennen, zonder tegelijkertijd hunne theorie los te laten.

Hetzelfde vonnis zal geveld moeten worden over de stilzwijgende overeenkomsten. Bij de critiek van het wilsdogma zagen wij reeds dat zij tegen die leer streden, omdat de rechter eene overeenkomst fingeert zonder den wil van partijen in aanmerking te nemen. Doch evenmin behoeft er eene verklaring te zijn: de geheele overeenkomst is gefingeerd. Hoe is dan een vertrouwen denkbaar, door eene niet afgelegde verklaring opgewekt? Evenwel de stilzwijgende overeenkomsten bestaan en daaruit kan geene andere gevolgtrekking gemaakt worden, dan de onhoudbaarheid van het woorddogma. Wan-

---

[1]) Soortgelijke gevallen bij Hellwig, Civilrechtsfälle nos 14, 42 Jhering, Civilrechtsfälle o. E. no. 103 al. ult. Regelsberger o. c. pg. 65.

neer wij een praedium urbanum huren en dat met onze have en goed gaan bewonen, zullen de invecta et illata verpand zijn voor de huurpenningen »quasi id tacite convenerit» [1]). Men ziet het, geen sprake noch van wil noch van verklaring. Als prof. Modderman hier een stap meent gedaan te hebben op den weg, dien hij tot het einde toe wil bewandelen [2]), dan zal er van zijne theorie niet veel terecht komen.

Ten slotte nog twee casusposites, bij verschillende schrijvers gevonden.

In een huurcontract komt de clausule voor: »dat de huurder het huis in denzelfden staat zal afleveren, waarin hij het ontvangen heeft.» Quid juris, als het het huis bij toeval afbrandt? [3]) Naar luid der clausule zou de huurder het huis weer moeten laten opbouwen om aldus af te leveren wat hij ontvangen had. Of wat zou men denken van den huurder, die, volgens het bekende verhaal, vóór het verlaten van het huis na afloop van het huurcontract, eenige honderden levende ratten en muizen opkocht en ze in het huis losliet, op grond dat zijne kat er minstens zooveel verslonden had, sinds hij de woning betrok? «Dem Wortlaute nach» zou de verhuurder hiertegen niets kunnen aanvoeren en er in moeten berusten, als niemand zijn huis wilde huren uit vrees voor de muizenplaag. Toch geloof ik, dat de billijkheid in het eerste geval den huurder, in het tweede geval den verhuurder gelijk zou geven op zijn klacht. Deze consequenties

[1]) L. 4. pr. D. 20.2.
[2]) o. c. pg. 56.
[3]) Jhering, Civilrechtsfälle o. E. n⁰. 1, A.

kunnen niet in de bedoeling hebben gelegen en nu zal men op dien grond den wil als bindend element moeten aannemen.

Eindelijk wensch ik nog te memoreeren eene casuspositie van prof. Moltzer [1]), waardoor aangetoond wordt, dat er gevallen zijn, waarin noch wilsdogma noch de leer van het opgewekt vertrouwen ons billijkheidsgevoel volkomen bevredigt. A. wil eene schilderij bestellen bij een groot schilder B. en een daaraan geevenredigd hoogen prijs betalen. Door eene vergissing komt de bestelling terecht bij B. junior, zoon van B., ook een schilder, maar pas beginnend en zonder naam. Bij de levering blijkt het abuis eerst en A. weigert de schilderij. Volgens het wilsdogma doet hij dat terecht: de bedoeling van A. was om een stuk van den grooten meester te ontvangen, gelijk ook uit den hoogen prijs kon blijken. De vergissing sluit consensus uit, mitsdien is er geene overeenkomst tot stand gekomen en de jeugdige beginner blijft met zijn werk zitten.

Het woorddogma leert het volgende. Toen A's bestelling in handen kwam van den jongen schilder, heeft deze het vertrouwen opgevat, dat men van hem een stuk verlangde en hem daar goed voor betalen wilde. Door aan het werk te gaan heeft hij dit aanbod aangenomen en dus is de overeenkomst tot stand gekomen. A. zal dus de schilderij moeten accepteeren en de beloofde som betalen.

Beide beslissingen zijn onbillijk. De wilstheorie be-

---

[1]) o. c. pg. 161, eerder gesteld door Pothier, tr. d. oblig. n⁰. 19, die het ten onrechte laat voorkomen, als ware de schilder in dwaling.

nadeelt zonder grond den schilder, die toch zijn arbeid besteed, zijn tijd opgeofferd heeft. Omgekeerd zien wij de vertrouwenstheorie in het andere uiterste vervallen: de schilder zal in rechte een naar evenredigheid veel te hoogen prijs kunnen vorderen en zoodoende een grooter belooning genieten dan zijn werk waard is. M. a. w. A., die de opdracht gaf, wordt benadeeld, omdat de schilder B. junior zijne verklaring zoo opgevat heeft; B. junior, omdat de wil van A. anders was, dan uit de verklaring op te maken viel. De eenige juiste oplossing geeft «l'équité, qui m'oblige à indemniser celui, que j'ai par mon imprudence mis en erreur,» zooals Pothier het uitdrukt: A. worde veroordeeld zulk een prijs te betalen als deskundigen het schilderstuk waard achten.

Uit dit alles leid ik af dat het woorddogma ook niet in alle gevallen opgaat. Het zou wel eens kunnen blijken, dat het gezegde van Mr. J. A. Levy omtrent het wilsdogma [1]) ook waar is voor de vertrouwensleer, dat het nl. »een voorrecht van de wetenschap (is), dat zij elk stelsel aanvaardt onder beneficie van inventaris en (men) bij het opmaken van de boedelbeschrijving van het (vertrouwensdogma) . . . . (is) gestuit op zooveel non-valeurs, op zooveel betwistbare posten, dat men aan de houdbaarheid der leer zelve is gaan twijfelen.» Strenge interpretatie van het gesproken woord kan groote onbillijkheid veroorzaken, dat is de conclusie,

---

[1]) Handel. Ned. Jur. Ver. 1877 II. pg. 74.

waartoe ik na al het voorgaande kom: «die malitiosa juris interpretatio», zegt Jhering, [1]) . . . . war eine unvermeidliche Consequenz der alten interpretatio überhaupt, der dolus, die fraus war legalisirt und das summum jus, die äusserste Strenge in der Handhabung der Worte, schlug daher nach der bekannten römischen Parömie, die Cicero [2]) hierbei in Bezug nimmt, nicht selten in eine summa injuria um.»

---

[1]) Geist d. R. R. II. § 44. pg. 480.
[2]) Cic. de off. I. 10. 33

HOOFDSTUK III.

Toepassingen.

Na al het voorgaande zal het misschien niet ondienstig zijn, nog eens op de toepassing van het wilsdogma en wat daarmede samenhangt terug te komen.

Eene eerste vraag is: hoever moet men gaan bij die toepassing? Moet men met Schlossmann [1]) aannemen, dat er slechts sprake van kan zijn bij het obligatierecht, met Regelsberger [2]) en Bähr [3]) bij alle overeenkomsten, met Röver [4]) bij alle wilsverklaringen onder de levenden of eindelijk met Schall [5]) bij alle wilsverklaringen zonder onderscheid? Voor de bronnen geloof ik mij bij Schall te mogen aansluiten: overal waar er zich wilsverklaringen voordoen, nemen wij hetzelfde waar. Tot nu toe is de quaestie nagenoeg uitsluitend besproken met het oog

---

[1]) Der Vertrag.
[2]) Civilrechtliche Erörterungen.
[3]) Jarhb. f. d. dogm. XIV. pg. 393. v.
[4]) Ueber die Bedeutung des Willens etc.
[5]) Der Parteiwille im Rechtsgeschäft.

op het obligatierecht. Daarom wil ik ook op ander gebied eens nagaan, in hoeverre het wilsdogma of de leer van het gesproken woord in de bronnen gevolgd werd. Daarbij zal men de grootste verscheidenheid ontdekken. Nu eens is de wil hoofdfactor, dan weer zien wij dezen achtergesteld bij de verklaring, terwijl bijna overal als motief voor die afwijkingen dezelfde billijkheid gebruikt wordt. Enkele voorbeelden mogen dit bewijzen.

Testamentaire beschikkingen. Reeds op het eerste gezicht zou men geneigd zijn te veronderstellen, dat hier, waar het er om te doen is des erflaters uitersten wil te leeren kennen [1]), de bedoeling steeds moet zegepralen en het wilsdogma onvoorwaardelijk gehuldigd worden. Vele schrijvers vinden dat dit van zelf spreekt.

Toch is er geene andere rechtshandeling wellicht, waar de regel «in claris cessat interpretatio» zoo duidelijk uitgesproken wordt, als juist hier bij beschikkingen na doode. Wie kent niet de beroemde uitspraak van Paulus in het derde boek de legatis et fideicommissis [2]): «cum in verbis nulla ambiguitas est, non debet admitti voluntatis quaestio». In het vorige hoofdstuk zagen wij, dat deze regel eene concessie inhoudt aan de leer van het gesproken woord: het geschrift ga hier vóór boven de bedoeling. Dat hier het objectieve standpunt ingenomen wordt kan nog blijken uit eene andere plaats [3]), waar den rechter op-

---

[1]) Cf. L. 69. D. 32. L. 12. L. 96. D. 50.17. L. 11. § 19. D. 32. L. 77. § 26. eod. e. a. d.

[2]) L. 25. § 1. D. 32.

[3]) c. 7. C. 6. 42.

gedragen wordt te beoordeelen of de wil al of niet duidelijk is uitgedrukt: «voluntatis defuncti quaestio in aestimatione judicis est». Bij de interpretatie van testamenten kan men tal van voorbeelden vinden, waarin eenvoudig niet gevraagd wordt naar de bedoeling van den erflater. Krijgt men een testament onder de oogen, dan eischt het wilsdogma, dat men bij de uitlegging steeds vraagt: hoe was de bedoeling, welke was de zin, dien de erflater aan dit woord, die uitdrukking gaf? [1]) Toch zijn er vele plaatsen aan te wijzen, waarin van deze vraag niet gerept werd, maar de woorden uitgelegd werden, naar den zin, die het verkeer, het taalgebruik er aan hechtte. [2])

Indien iemand aan een ander vermaakt zijn (des erflaters) eigen zaak, in de meening, dat zij die is van den legataris zelf, wat is er dan rechtens? «Ad hunc casum», meent Vinnius [3]), «recte accommodabimus regulam plus valere quod in re et veritate est quam quod in opinione. Nam si hic opinionem spectari placeret, nullum esset legatum, quia quod legatarii est inutiliter ei legatur». [4]) Een dergelijk legaat was onmogelijk en dit was zeer natuurlijk: wat reeds van iemand was kon men hem niet nog eens legateeren. Was dus een

---

[1]) Cf. bv, L. 9. pr. D. 28, 5; L. 4. pr. D. 30; L. 7 § 2 L. 10. D. 33.10; L. 32 § 2. L. 33. L. 37 D. 34.2. Fragm. Vat. 227.

[2]) Cf. Pothier ad Dig. 30—32 pars II[a]. Enkele specimina: L. 9. § 2 D. 28. 5; L. 114 § 6 D. 30; L. 42 D. 32; L. 3 D. 33.10; L. 15 D. 34.2; L. 24 D. 34.5; L. 17. L. 31. D. 36. 1; L. 9. D. 50.17. Evenzeer is onjuist, dat somtijds de wil en andere omstandigheden in aanmerking komen, zooals in L 50 § ult. D. 30.

[3]) § 11. I. II. 20. Vinnius, comm. ad h.l. n[0]. 2.

[4]) § 10 I. eod.

erflater in de meening, dat zeker voorwerp eigendom was van den legataris, dan kon hij zijn wil niet richten op een legaat van dat voorwerp aan dien legataris, omdat hij dat gevolg voor onmogelijk hield. [1]) Toch neemt Justinianus hier geldigheid aan en wel — «quia exitum voluntas defuncti habere potest». Wanneer hier voluntas opgevat wordt als het testament, het testament, het geschreven stuk, dan heb ik vrede met die uitspraak, maar dan is ook het wilsdogma verlaten: de wil heeft hier geen gevolg maar wel de schriftelijke verklaring. Is dit niet zoo, dan spreekt hij zich zelf tegen, daar hij van meening is, dat de opinio anders was.

In het hedendaagsch erfrecht vinden wij dien toestand geheel terug. Ook bij ons geldt de regel »in claris cessat interpretatio» [2]) en andere bepalingen wijzen op uitlegging naar andere beginselen dan de bedoeling des erflaters. [3])

Is die toestand wenschelijk? Zou het niet beter zijn, dat de bedoeling van den erflater overal en altijd bij beschikkingen na doode in het oordeel des rechters het zwaarste zal wegen? Mijns inziens is hier veel voor te zeggen.

De raison d'être van het testamentair erfrecht is, tenminste naar Hollandsch recht, gelegen in den wil van den erflater. Door de wet is eene vaste orde van opvolging aangewezen, gebaseerd op bloedverwantschap,

---

[1]) Cf. L. 1 pr. D. 32; L. 17 D. 50. 17.

[2]) BW. 932.

[3]) BW. 924, 925, 934, 937, 1016, 1018. Sommigen rekenen hier ook nog bij BW. 1382 en 1384, die eigenlijk voor overeenkomsten geschreven zijn.

de intestaatopvolging. Ieder heeft de vrijheid om die opvolging in zijne nalatenschap uit te sluiten en plaats te doen maken voor een eigen stelsel, neergelegd in zijn testament. Dat testament houdt in den wil en is niets anders dan de verklaring van dien wil, welke het wilsdogma eischt. De wil is dus het element, dat in staat is dit gevolg te weeg te brengen en juist daarom zou ik er vóór zijn, aan dien wil, op welke wijze hij ook blijke en voor zoover hij aan het licht kome, gevolg toe te kennen. [1]) Zeer zeker is het niet altijd gemakkelijk te constateeren, of hetgeen men voor den wil van den erflater wenscht te doen doorgaan, inderdaad zijne bedoeling geweest is. Doch zoodra vaststaat — hetzij officieel bij notarieele of eigenhandig geschreven en gedeponeerde acte, hetzij op eenige andere wijze, waarvan natuurlijk de bewijslast rust op den belanghebbende — dat de werkelijke bedoeling van den erflater zich op het een of ander gevolg gericht had, welk gevolg na zijn dood zou intreden, dan zie ik geen reden, waarom men aan dien wil invloed weigeren zou. De tijd van strenge vormen is reeds lang voorbij en elke wil, hoe ook verklaard heeft hier recht op erkenning [2]).

Bovendien, omstandigheden, welke den wil van den testateur buitensluiten, zooals dwang, bedrog etc., moeten toch van elders bewezen worden [3]), deze zullen wel zelden uit het testament blijken en daardoor kan het dikwijls voorkomen, dat hetgeen officieel gecon-

[1]) Cf. c. 19. C. 6. 23: »voluntates etenim hominum audire volumus, non jubere.»

[2]) Cf. Toullier. V. n°. 448.

[3]) Cf. Dh. Syst. VIII. pg. 214.

stateerd is de wil van den erflater te zijn, door argumenten buiten de verklaring om aangetoond wordt volstrekt niet daarmede in overeenstemming te zijn geweest. Door streng vasthouden aan den vorm zou dit bewijs uitgesloten zijn.

In den tegenwoordigen tijd, nu men gelegenheid heeft, door middel van den phonograaf de viva vox testatoris op heeterdaad te betrappen en voor het nageslacht te bewaren, zou ik geneigd zijn dit phonogram nog eerder als een uitersten wil aan te merken, dan eene acte ten overstaan van een notaris verleden, welke altijd nog kans op vergissingen biedt. M. a. w. ik zou ten aanzien van het maken van beschikkingen na doode het wilsdogma in zijne zuivere gedaante gehuldigd wenschen te zien.

Schenkingen en vrijlatingen. Tusschen deze beide handelingen bestaat eenige analogie: beide berusten op de liberaliteit van schenker en vrijlater. Ook hier schijnt het wilsdogma bij den eersten aanblik te moeten regeeren. Legt een schenker of vrijlater eene verklaring af, berustende op dwaling, reservatio mentalis etc, dan past het den begiftigde of den slaaf niet zich op de verklaring te beroepen: hun wordt een zuiver voordeel aangeboden, blijkt dat niet in overeenstemming geweest te zijn met de bedoeling van den schenker of meester, dan moeten zij zich daarbij neerleggen en niet kunnen zeggen: ik heb op uwe verklaring vertrouwd, het ontbreken van uwen wil is mij derhalve onverschillig. Toch vinden wij in de bronnen gevallen vermeld, waarin de oplossing niet gezocht wordt bij den wil van schenker of vrijlater, maar gebaseerd is op overwegingen van anderen aard.

a. Schenkingen. Schenkingen zijn overeenkomsten: voor het tot stand komen zijn dus dogmatisch vereischt twee samenstemmende willen. Wordt er dus over eene schenkingsovereenkomst gesproken, dan moet melding gemaakt worden hiervan, dat A. wil schenken en B. wil accepteeren [1]). Hiertegen wordt herhaaldelijk gezondigd. Telkens komt het voor, dat men eenvoudig geen melding maakt van den wil van den begiftigde en er zich in het geheel niet om bekommert: «perficiuntur autem (donationes), cum donator suam voluntatem scriptis aut sine scriptis manifestaverit", zegt Justianus [2]) en tal van plaatsen van gelijke strekking bevestigen dit [3]). Zoo neemt men vaak aan, dat voor de voltooiing van eene schenking slechts één brief tusschen afwezigen noodig is [4]). Nu eens wordt het woorddogma gehuldigd door aan te nemen, dat het verkeerd overbrengen van den wil door een bode geen invloed heeft [5]), dan weer wordt eene schenking, aan eene incerta persona verricht, als volkomen rechtsgeldig beschouwd [6]), allen beschikkingen, waardoor het wilsdogma verlaten wordt.

---

[1]) non potest liberalitas nolenti acquiri, L. 19 § 2. D. 39.5. cf. Vinn. ad § 2 I. II. 7.

[2]) § 2. I. II. 7.

[3]) L. 12. § 1 D. 17.1. L. 2. § 2, L. 10. i. f., L. 16, L. 19. pr. L. 34 pr., L. 35 § 2. D. 39.5; c. 3. C. 8.55, waaruit tevens de bestaanbaarheid van een met het wilsdogma strijdig pactum in favorum tertii blijkt.

[4]) L. 77. D. 6.1. [»ita» volgens Mr. B. J. Polenaar (Them. 1878 pg. 228. v.) te lezen »tutore auctore» als uit de afkorting T.A. bij vergissing ontstaan.] L. 35 pr. D. 39. 5; L. 48 D. 41. 2; Fragm. Vat. 263, 281.

[5]) L. 25. D. 39.5; L. 15 § 2 D. 18.1.

[6]) c. 29 C 8.54, uitlovingen, gelijk vermeld bij Bruns, fontes etc. ed. V[a] p. 273 v.

b. Vrijlatingen. Hetzelfde neemt men waar bij vrijlatingen: ook hier verlaat men telkens en telkens het wilsdogma. Twee plaatsen, van Ulpianus en van Paulus, geven den raad om, indien bij vrijlating de bedoeling duister is, deze maar niet op te sporen, zooals men verwachten zou, maar uitspraak te doen «secundum libertatem» [1]) of «(ad) favendum . . . libertati», [2]) d. i. volgens overwegingen buiten den wil om. Soms is eene herroeping van den wil zonder eenigen invloed, [3]) of wordt een slaaf, die door een lasthebber vrijgelaten zou worden, die vrijheid deelachtig, niettegenstaande vooroverlijden des meesters. [4]) Bij eene andere gelegenheid huldigde men weer een regel «plus in veritate quam in opinione,» [5]) en ook hier verliet men de theorie van den wil. Elders vond men er geen bezwaar in een krankzinnige slaaf [6]) of een infans [7]) vrij te laten: de vrijlating is eene overeenkomst, evengoed als bij schenking, zal hier de regel gelden «non potest liberalitas nolenti acquiri» en à plus forte raison niet aan iemand die in het geheel geen wil heeft. [8]) Ook gebeurde het, dat eene vrijlating tusschen afwezigen voor perfect werd gehouden door de verzending van één brief, [9]) ja zelfs, men

---

[1]) L. 20. D. 50. 17.

[2]) L. 179 D. eod.; evenzoo L. 4 pr. D. 40.2.; L. 59 § 2 D. 40.4.; L. 24 § 7 D. 40.5; L. 1 § 2 D. 40.7; c. 12. C. 7. 4.

[3]) L. 1. D. 40.8.

[4]) L. 3. D. 18.7; L. 4. pr. D. 40.2.

[5]) L. 4. § 1 D. 40.2.

[6]) L. 26. D. 40.1.

[7]) L. 25. D. eod.

[8]) c. un. §§ 2, 5 C. 7. 6.

[9]) Fragm. Dosith. § 15. (in het algemeen L. 2. pr. D. 2. 14) c. un § 1. C. 7. 6.

nam genoegen met een vrijlating in incertam personam [1]).

Ook hier is dus geene bepaalde theorie gevolgd. Nu eens gaat de wil voor, dan weer de verklaring, al naar omstandigheden.

Welke theorie is voor dergelijke liberaliteiten wenschelijk? De jure constituendo is de vraag slechts van belang voor de schenking.

De reden, die mij bij testamenten voornamelijk tot de wenschelijkheid van het wilsdogma deed besluiten, bestaat hier niet. Bij uiterste wilsbeschikkingen is het den rechter te doen om den wil van den erflater te leeren kennen, andere personen blijven buiten spel; door eene éénzijdige daad wordt de erfopvolging ab intestato vervangen door eene andere, gebaseerd op den wil van den testator. Dien wil moet men dus nauwkeurig leeren kennen om te zien, of en in hoever de erflater van die vrijheid gebruik wenschte te maken. Hier is de toestand geheel anders. Schenking is eene overeenkomst, eene meerzijdsche handeling, en deze zoude ik onderworpen willen zien aan de regelen van het verkeer. Men kan dus m. i. hier volgen het wilsdogma of de theorie van het vertrouwen, gelijk zij thans geleeraard worden, d. i. niet in hunnen zuiveren vorm, daar zij ten slotte, gelijk wij zagen, er in berusten het verkeer te laten beslissen.

Zal dit waar zijn voor schenkingen, handelingen, waarbij men nog à priori het eene of andere dogma zou kunnen veronderstellen, nog veel eer moet men tot deze conclusie komen bij andere handelingen, waar men

---

[1]) L. 22. D. 40. 2.

geen reden heeft van het een of ander stelsel uit te gaan. Een enkele daarvan wil ik nog nagaan, de overdracht van eigendom en bezit door

Levering. De traditio wordt gerekend te behooren onder de overeenkomsten: hier worden dus ook weer vereischt twee samenstemmende wilsverklaringen. ééne van den tradens en ééne van den accipiens [1]). Wat het wilsdogma hier verlangt, heb ik in het eerste hoofdstuk reeds besproken en enkele voorbeelden aangehaald, waarin wij dat stelsel in de bronnen gehuldigd zien. Ik geloof dus hier te kunnen volstaan met enkele gevallen op te noemen waarin het wilsdogma faalt.

Oudtijds was de overgang van eigendom of bezit verbonden aan de formeele overgave van de zaak. Bij mancipatio zoowel als elders was als wilsuiting hier voorgeschreven de feitelijke terhandstelling. Langzamerhand verdween die vorm en kreeg de vormelooze overeenkomst tot levering, in allerlei gedaanten, waarbij de brevi manu traditio en het constitutum possessorium de kroon spanden, dezelfde kracht. Zelfs vinden wij eene gefingeerde levering. Gelijk wij boven zagen, is eene gefingeerde overeenkomst in strijd met het wilsdogma. Toch was er eene overgang van eigendom en bezit erkend, welke geschiedde, om met den Code civil te spreken, «par l'effet des obligations,» nl. bij kerken, godsdienstige instellingen enz.[2]) Voorts duldde men niet alleen levering, waarbij een furiosus [3]), een infans [4]) of een rechtsper-

---

[1]) L. 55. D. 44.7. Windscheid I § 171.
[2]) c. 23 § 1. C. 1.2.
[3]) L. 1 § 5. D. 41.2.
[4]) L. 32. § 2. L. 1. § 5. D. 41.2; c. 3. C. 7.32.

soon [1]) partij was, maar zelfs dat iemand gevolgen van deze rechtshandeling ondervond, die daarvan onkundig was [2]), die de levering niet eens wilde [3]). Nu eens vond men geene verklaring noodig om aan den wil gevolg te geven [4]) of nam men aan, dat iets, wat men voor onmogelijk hield, gewild kon worden [5]), dan weer was één wil voldoende om de overeenkomst te doen ontstaan [6]), gelijk bv. ook het geval was bij levering aan eene onbepaalde persoon [7]). Soms ook weer had het overlijden van een der partijen geen invloed [8]) en trad rechtsgevolg in niettegenstaande dwaling [9]) of ontstond eene overeenkomst ten behoeve van een derde [10]).

Uit deze gevallen kan, naar ik meen, voldoende blijken, dat de bronnen geene bepaalde theorie aanhingen. Er zijn beslissingen te vinden in drieerlei zin. Nu eens domineert de leer van den wil, dan weer die van het gesproken woord en eindelijk worden beide theoriën verlaten.

Over deze laatste categorie nog een enkel woord. Voor het obligatierecht zijn zij voldoende besproken

---

[1]) L. 1. § 2. L. 2. D. 41.2.

[2]) L. 1. § 5, L. 3. § 12, L. 17, L. 34 § 2, L. 44 § 1. D. 41.2; c. 1 C. 7.32.

[3]) L. 32. D. 41.1.

[4]) L. 3. § 6. D. 41.2.

[5]) L. 4. D. 41 2

[6]) §§ 40. 44. J. II. 1. L. 77. D. 6. 1., L. 6. D. 39.5. L. 9 § 3 D. 41.1. Daarentegen: één brief niet voldoende, L. 48. D. 41.2.

[7]) § 46. J. II. 1., L. 9 § 7 D. 41.1. L. 5 § 1. D. 41.7.

[8]) L. 33 § ult. D. 41. 1. L. 33 D. 41.2.

[9]) L. 34 § 1. D. 41.2, Pothier ad h.l.

[10]) L. 36. D. 2.14.

door Schlossmann [1]). Uit de hierboven aangehaalde voorbeelden blijkt, dat de door Schlossmann verkondigde leer ook op ander gebied toepassing vindt. Het begrip overeenkomst strekt zich verder uit dan het obligatierecht en ook hier blijkt het «ein juristisches Nichts», een «étiket» te zijn. Dit verdient nog eenig nader bewijs. Voor de wilstheorie verwijs ik naar het eerste hoofdstuk, waar ik de meeste gevallen reeds citeerde als in strijd met die leer. Voor de vertrouwenstheorie deed ik dat nog niet en wensch ik het hier te laten volgen.

Prof. Modderman verklaart uitdrukkelijk, dat hij niets met die nieuwere beschouwing op heeft. [2]) Hij is van meening, dat de overeenkomst een begrip is, doch een begrip niet gebaseerd op wilsovereenstemming. Waar het dan wel op gebaseerd is, zegt de hoogleeraar niet. Doch ik geloof, dat het wezen eener overeenkomst volgens de vertrouwenstheorie niet zoo bizonder lastig te vinden is. Dit dogma gaat uit van de verbindende kracht van het opgevatte vertrouwen. Niemand is verbonden tenzij de ander een vertrouwen opgevat heeft, dat hij zich wilde verbinden. Hier dezelfde redeneering volgende als bij het wilsdogma [3]), komen wij tot deze conclusie. Zal eene handeling gevolg hebben voor meer-

---

[1]) der Vertrag. Voor overeenkomsten bij obligatierecht is nog een merkwaardig vonnis het arr. van den H. R. van 1 Dec. 1848 te vinden bij Brox en Stuart, Verz. dl. 32 pg. 80 v. (zie de overweging ten aanzien van het tweede middel van cassatie).

[2]) o. c. pg. 47. cf. het praeadvies van Mr. J. A. Levy, in Handel. Ned. Jur. Ver. 1878. I. pg. 70. v.

[3]) supra pg. 32. v.

dere personen, dan is het noodzakelijk, dat ieder bij den medecontractant of medecontractanten een vertrouwen heeft opgewekt, dat hij datzelfde gevolg wilde De overeenkomst blijft dus een «duorum in idem placitum consensus», alleen is consensus hier niet gebruikt in den zin van wilsovereenstemming, maar als het samenstemmen van twee of meer opgewekte vertrouwens.

Is dit zoo — en ik geloof mij hierin niet te vergissen — dan wilde ik de volgende vragen stellen. Hoe is te verklaren de overeenkomst met eene incerta persona; met een furiosus; een infans; een ignorans; een persoon, die tegen zijn wil contracteert; met zich zelf e. a. d.?

Vooreerst de overeenkomsten met een onzeker persoon. Prof. Modderman beweert daarvoor door zijne theorie eene solutie gevonden te hebben, [1]) maar met den besten wil begrijp ik die oplossing niet. Ik kan hier het tweede opgewekte vertrouwen niet vinden, dat voor eene overeenkomst noodig is. Hoe is het mogelijk, dat een volkomen onbepaald persoon bij een ander een vertrouwen opwekt, dat hij verbonden wil wezen? Een onbepaald persoon heeft geen wil, gelijk wij reeds zagen, [2]) kan dus ook bij de wederpartij niet een vertrouwen doen ontstaan, dat hij wil. Dat tweede vertrouwen blijft mankeeren. Ja zelfs is het geval zeer goed denkbaar, dat het eerste hier ook ontbreekt. Wat toch blijft er over van het begrip overeenkomst, wanneer een wissel in handen van een krankzinnigen endossant

---

[1]) o. c. pg. 41.
[2]) supra pg. 35.

komt? De krankzinnige kan geen vertrouwen opvatten. dat is duidelijk: non intelligit, quid agat; doch van zijn kant evenmin de debiteur, daar de houder hem onbekend is. Wil men dit niettemin eene overeenkomst noemen, dan is dit geen begrip meer, doch het is gereduceerd tot een naam, een plakbillet.

Tot hetzelfde resultaat voeren de andere bovengenoemde conclusies. Een krankzinnige, een kind in de eerste levensjaren, iemand, die met het voltrekken des rechtshandeling volkomen onbekend is, ja zelfs tegen wiens zin het voltrekken plaats had, kunnen deels geen vertrouwen opvatten, deels geen vertrouwen wekken, terwijl de overeenkomsten met zich zelf daarom met de leer strijden, omdat de vertrouwenstheorie, evenals het wilsdogma [1]) voor elke overeenkomst minstens twee personen vordert. Ook hier is het opschrift »overeenkomst» aanwezig, doch het begrip: twee samenstemmende vertrouwens, is ver te zoeken.

Evenwel, ik heb hier misschien wat boud gesproken. Ik zeide, dat niet in overeenstemming was met wilsen vertrouwenstheorie. Ik had er moeten bijvoegen: in hunnen zuiveren vorm. Gebruikt men de theorien, gelijk zij thans voorgestaan worden, dan vermijdt men alle moeilijkheid door het verkeer, zooals gewoonlijk, hier als correctief te gebruiken. Het verkeer toch eischt hier een band, eene verplichting en door dit aanvullingsmiddel worden onbillijkheden vermeden.

Dit is zóó waar, dat prof. Modderman op één punt ons volkomen toegeeft en met ons denzelfden weg bewandelt,

---

[1]) supra pg. 33.

al is het dan maar gedurende korten tijd, nl. bij de contracten inter absentes [1]). Zijne conclusie hiervoor luidt, dat hij gelooft, «dat zij allen (de vier theorien, boven opgenoemd [2]), eene betrekkelijke waarheid bevatten, maar dat geen van alle volkomen waar is; dat het leven veel te rijk is, de schakeeringen veel te uiteenloopend, om alle gevallen naar eene theorie, welke dan ook, te beoordeelen. Ik ben het eens met Keller, Pand. § 223: «Der allgemeine Masstab der bona fides, der Sitte redlichen Verkehres [3]) wird im einzelnen Falle entscheiden mussen, und es pflegt hienach wenig Zweifel übrig zu bleiben, während eine durchgreifende mathematische Regel kaum zu finden sein dürfte [4])». Nog eerder dan bij het wilsdogma is bij het vertrouwensdogma de «Vernehmungstheorie» de eenige mogelijke. Wil men eene overeenkomst beschouwen als het samenstemmen van twee vertrouwens, opgevat tengevolge van twee wilsverklaringen, dan is luce clarius, dat partijen over en weer de wilsverklaringen moeten gehoord of gezien hebben [5]); het is onmogelijk, dat iemand vertrouwt, dat een ander wil, op grond van eene verklaring van dien wil, die hem niet bekend was. Grooter bewijs, dat het vertrouwensdogma, zooals het thans gehuldigd en geleerd wordt, het verkeer tot correctief gebruikt, zal wel niet gemakkelijk te leveren zijn.

---

[1]) o. c. pg. 31. v.

[2]) supra pg. 40 v.

[3]) ik spatieer.

[4]) o. c. pg. 32. cf. pg. 37. i. f.

[5]) cf. Mr. Levy ad art. 319 A. D. H. Wb., die voor consensus altijd de »Vernehmungstheorie» wenscht te erkennen. Hij onderscheid niet tusschen twee willen of twee verklaringen.

Echter moeten wij dan dadelijk constateeren, dat prof. Modderman c. s. het met de leer van Schlossmann wel wat beter meenen, dan zij het doen voorkomen. Vooral waar beide theorien, wils- en vertrouwensdogma, falen, wil prof. Modderman zonder noodzaak stand houden op het subjectieve standpunt, wat hij in het algemeen verwerpt.

Voordat ik eindig, wil ik nog wijzen op een eigenaardigen strijd, die ten onzent gevoerd is en nog gevoerd wordt, n.l.: welke theorie in onze wet gelegen is [1]). Deze vraag is slechts ter sprake gekomen bij het obligatierecht, omdat meestal het wilsdogma c. a. daartoe beperkt werd. Voor dit onderdeel, dat ik hier niet opzettelijk wensch te bespreken, is mijne conclusie geheel gelijk aan die over de theorien bij de andere onderwerpen: laat het verkeer beslissen of er eene verplichting moet ontstaan, en zoo ja, waarop die verplichting moet berusten, op den wil of op de verklaring van die bedoeling.

Daar zijn er, de voorstanders van den wil, die in het B. W. de wilstheorie lezen. Met hen gingen mede enkele voorstanders van het vertrouwensdogma [2]), alhoewel zij de jure constituendo de voorkeur gaven aan hunne eigen theorie. Anderen namen ook de jure constituto de vertrouwenstheorie als de heerschende aan en keuren

---

[1]) Bij wetsinterpretatie geldt de vraag: wil of vertrouwen? in dezelfde mate, cf. het opstel van prof. Cort van der Linden in R. Mag. II. pg. 1. v.

[2]) o. a. Mr. de Marez Oyens, Handel. Ned. Jur. Ver. 1877 II. pg. 111 v. Mr. Levy, ibid. 1878 I. pg. 124. v. en N. Bijdr. 1881 pg. 322 v. Modderman o. c. pg. 54.

dus de bestaande toestand ook voor het toekomende goed. [1]) Had men nu nog maar een vierde groep, wilsdogmatici, die de vertrouwenstheorie in de wet lazen, dan waren alle mogelijkheden aanwezig.

Al deze voorstanders der wils- of vertrouwenstheorie leeren deze dogmata niet in hunne zuivere gedaante, zij gebruiken steeds hetzelfde correctief, als het op oordeelen aankomt: het verkeer. M. a. w. in onze wet wordt unaniem aan het verkeer het laatste woord gelaten. M. i. huldigt de wet echter geen bepaald dogma, of liever, zij wijst den rechter niet aan, langs welken weg hij tot de oplossing, die het verkeer geeft, moet geraken. Het ware de moeite waard geweest het antwoord te vernemen van het lichaam, dat onze wetboeken vaststelde, op eene vraag in dezen geest hem door een modernen jurist gesteld. De wet is vooral gebaseerd op Romeinsch recht. Waar dus in het voorbeeld, dat onze wetgever gebruikte, geen dezer theoriën gehuldigd en eenvoudig het verkeer als hoogste maatstaf gebruikt werd, daar is het niet mogelijk, tenzij men er opzettelijk melding van make, dat in die wet eene bepaalde theorie aangenomen werd. Neemt men dit toch aan, dan is dat m. i. een voorbeeld van wat de jurist noemt «hineininterpretiren» [2]): men legt den wetgever gedachten bij, welke die wetgever niet had [3]), ja zelfs, mijns bedunkens niet kon hebben. Ik geloof te mogen aannemen, dat deze question brûlante eene vraag van veel later datum

[1]) o. a. Prof. Gratama Handel. Ned. Jur. Ver. 1877. II. pg. 90, 112 i. v.; Mr. Smit, o. c. pg. 146, Prof. Land, BW. III[1] pg. 152[4].

[2]) Cf. Jhering, Scherz und Ernst. pg. 262.

[3]) Cf. Sohm, Institut. pg. 67, supra pg. 51.

is. Toen de eerste bestrijders der wilstheorie optraden met hunne nieuwe constructie, hebben velen, die om de eene of andere reden niet met hen mede wenschten te gaan, gepoogd die nieuwe leer te weerleggen, en daaraan heeft m. i. het wilsdogma zijn oorsprong te danken. Nergens vindt men de theorie van den wil, die door hare bestrijders de heerschende leer genoemd wordt, als theorie behandeld. De bewijsplaatsen vóór en tegen zijn links en rechts uit de werken van oudere schrijvers gegrepen, nergens vindt men eene uiting, die ons aanleiding zou kunnen geven, om van eene heerschende leer te spreken. Vraagt men ook aan ouderen van dagen, wat men in hun studietijd hieromtrent leerde, dan zal hun antwoord wel zijn, gelijk ik het van enkelen persoonlijk vernam: niets, in onzen tijd bestond de quaestie nog niet. [1])

Ik zeide, dat, daargelaten langs welken welken weg men de oplossing vindt, unaniem het verkeer in de wet neergelegd werd geacht. Welke gevolgtrekking is daaruit te maken?

Daar is in de laatste jaren eene poging gedaan als basis der rechtswetenschap eene andere aan te nemen

---

[1]) Een curieus bewijs hiervan levert het commentaar van Mr. Levy op het Alg. D. Handels Wb. In deze uitvoerige aanteekeningen over theorie en praktijk zou men den grooten voorstander van de vertrouwenstheorie te vergeefs zoeken. Mij is het tenminste niet mogen gelukken eenige uiting in dien geest aan te treffen. Slechts vond ik terloops melding gemaakt van een concursus voluntatum (ad art. 321), terwijl hij evenals de wilsdogmatici den regel: in claris cessat interpretatio, huldigt (ad art. 278), hoewel hij toch nog waarschuwt tegen al te streng doorvoeren van dien regel. Dit commentaar nu dagteekent van 1869 en is dus antérieur aan alle werken over ons onderwerp.

dan die, welke tot nu toe daarvoor gediend heeft. [1]) Men week af van de bestaande meening, alsof het recht een geheel van regelen ware, waarnaar men zijne handelingen had in te richten, eene norma agendi, en verklaarde het bestaan van recht op andere wijze. Het verkeer, de gebruiken van menschen tegenover menschen vormen het recht: dat zou voortaan als basis dienen. [2]) De weerspiegeling daarvan draagt ieder min of meer volledig in zijn geest en, in den tijd, toen er nog geene overheid en dus geene wetten waren, werd er door de volksgenooten bij geschillen recht gesproken naar wat men van de zeer primitieve samenleving kende. [3]) Langzamerhand ontstond er eene overheid, een blijvend gezag in den staat en deze begon zich weldra de rechtspraak aan te trekken. Aanvankelijk nam zij slechts de leiding der vergadering op zich, waarin de volksgenooten recht spraken, doch al spoedig werden hare bemoeiingen van ingrijpender aard. Zij wees personen aan, wier voortdurende taak de rechtspraak zijn zou. Erkend bleef echter nog steeds de rechtspraak overeenkomstig de gebruiken der samenleving, het recht in objectieven zin. Evenwel, de primitieve samenleving der oudheid werd steeds ingewikkelder en daarmede ook de mogelijkheid om het geheele maatschappelijk raderwerk uit zijn eigen ervaring te leeren kennen geringer. Aldus was de rechter vaak genoodzaakt voor ingewikkelde en lastige quaesties zijne kennis te vermeerderen door raad te vragen bij anderen die meer gezien hadden, of door opteekeningen na te

[1]) Hamaker, Recht en Maatschappij 1888.
[2]) Hamaker, o. c. pg. 51. v.
[3]) ibid. pg. 83. v.

slaan, die men ter voorlichting van anderen op schrift gebracht had. Later, toen het Romeinsche recht gerecipieerd was en de meeste juristen hunne studien daardoor lieten leiden, ging men voor vele gevallen eene beslissing zoeken in het corpus juris, maar daarnaast bleven ontelbare andere bronnen bestaan, waar de rechter zich ook omtrent de inrichting der samenleving inlichtingen kon verschaffen. Het gevolg daarvan was vooreerst, dat de rechters, wellicht door gemakzucht geleid, niet meer vroegen of de oplossing, die de eene of andere bron hen aan de hand deed, juist was met het oog op dat gedeelte der samenleving, waarin zij verkeerden en de meening veld won, dat de bronnen zelve recht waren. Aan den anderen kant ontstond de schromelijkste verwarring en rechtsonzekerheid. Niemand kon van te voren zeggen, waarop de rechter zijne beslissing zou baseeren. Deze overweging vooral was het, die den wensch naar eene codificatie deed ontstaan. De overheid moest de taak op zich nemen de maatschappij te beschrijven en aan die officieele kenbron moesten de rechters voortaan gebonden zijn. Maar door dat eerste meer en meer veld winnende idee, als zou de kenbron rechtsbron zijn, ging men de wet aanzien als fons juris en men vergat, dat zij van de vroegere bronnen slechts verschilde door de qualiteit van den vervaardiger: recht bleven de maatschappelijke gebruiken, de samenleving, het verkeer. Waar de wet hiervan afweek of waar zij zweeg, ging het verkeer vóór of vulde de leemten aan.

Prof. Hamaker noemde deze opvatting eene hypo-

these [1]), maar het komt mij voor, dat wij hier wel een krachtiger term kunnen gebruiken. Immers waar voeren beide theorien, die zulk een belangrijk deel van het privaatrecht betreffen, ons heen? Niettegenstaande zij verkondigd worden door aanhangers van de oude school, welke de wet als eenige rechtsbron erkennen, verwijzen zij ons telkens naar het verkeer. De grens, die aan het wilsdogma in zijne zuivere gedaante gesteld werd en die wij in het eerste hoofdstuk leerden kennen, was het verkeer. Evenzoo werd de zuivere vertrouwenstheorie, het woorddogma slechts in zoover gehuldigd, als het verkeer toeliet. En welke was de reden het verkeer als de factor te beschouwen, die, als het op oordeelen aankomt, beslist? Die reden was deze, dat de gevolgen anders onrechtmatig zouden zijn. Zonder veel moeite is daaruit te concludeeren tot het beginsel dat recht en verkeer identiek zijn.

Vooral komt dit uit bij gevallen, waar geen van beide theorien tot eene billijke oplossing voeren en men eene overeenkomst fingeert om handhaving door staatshulp te verkrijgen: het verkeer verlangt die handhaving, deze is dus rechtmatig en, daar de wet dat gevolg slechts verbindt aan eene overeenkomst, is er geen ander middel die bescherming deelachtig te worden, dan te doen als ware eene overeenkomst aanwezig. Doch inderdaad is er geene overeenkomst en verleent men bescherming door staatshulp waar het verkeer die eischt, terwijl men zich niet stoort aan de onvolledige beschrijving der samenleving, door de overheid opgesteld:

---

[1]) o. c. pg. 127.

de wet is «een leiddraad, dien .... (de rechter) gebruikt. zoolang hij zijne leiding vertrouwt, maar zonder gewetensbezwaar laat liggen, indien hij meent zelf den weg te kennen.» [1])

En hiermede geloof ik mijne taak volbracht te hebben. Ik hoop aangetoond te hebben, dat zoowel de jure constituto als de jure constituendo het verkeer in dezen te beslissen heeft en dat zoowel het wils- als het vertrouwensdogma tot deze oplossing voeren. Maar geven wij dan ook eere wien eere toekomt, erkennen wij, dat het verkeer beslist, zonder eenige dezer theoriën aan te hangen als de eenige ware.

Daarmede wil ik niet ontkennen, dat de theorien en hare uitwerking geen nut gehad hebben. Zij hebben m. i. deze verdienste, dat zij de aandacht gevestigd hebben op twee elementen, wil en wilsverklaring, waarop de jurist bij zijn oordeel over sommige verhoudingen in de menschelijke samenleving bedacht moet zijn. Tusschen die twee is verschil mogelijk en dan dient de rechter na te gaan, welke van beiden de overhand moet behouden. Die waarde is echter zeer relatief en beteekent niets in vergelijking met die, welke de voorstanders van elke richting aan hunne leer wenschen toe te kennen.

---

[1]) Hamaker, o. c. pg. 103.

STELLINGEN.

STELLINGEN.

I.

Het wils- en vertrouwensdogma voeren beide tot hetzelfde resultaat. (pag. 80.)

II.

De wet volgde geen van beide stelsels, doch huldigt rechtstreeks het verkeer als recht. (pag. 112, v.)

III.

L. 13 D. 39. 5 ja L. 37 § D. 41. 1. vindt hare verklaring in den regel «in claris cessat interpretatio."

IV.

Er bestaat geen strijd tusschen L. 18 pr. D. 12. 1. en L 36 D 41. 1.

V.

Ten onrechte bestreed Mr. T. M. C. Asser in Themis 1860 pg. 463. v. het gevoelen van Ulp. L. 32 § 14 D. 24. 1. en van Paul. L. 1 D 34. 5.

VI.

Het B. W. heeft geen vast kenmerk voor zakelijke rechten.

VII.

Het is niet als een leemte in de wet te beschouwen, dat zij het tijdstip, waarop de termijn van beraad aanvangt, niet vaststelt.

VIII.

Recepissen, voorloopige stortingsbewijzen, mogen aan toonder gesteld worden.

IX.

Terecht is in het Ontwerp van Wet op het Handelspapier der Staatscommissie de bepaling over valsch endossement van wissels, vervat in art. 137 W. v. K., niet opgenomen.

X.

Voorloopige uitvoerbaarverklaring van vonnissen mag door den rechter niet ambtshalve uitgesproken worden.

XI.

De schuldenaar, die den hem terzake eener opeischbare schuld sommeerenden deurwaarder voldoet, is in den regel niet gehouden de kosten van zoodanige sommatie te betalen.

XII.

Het ten eigen bate aanwenden van gelden, welke een lasthebber ter verantwoording aan zijn lastgever onder zich heeft, is geene verduistering.

XIII.

Afkeuring verdient de regeling der voorwaardelijke invrijheidstelling van gevangenen van Art. 15, v., W. v.

Sr. en het K. B. van 17 Augustus 1889 Stbl. no. 107.

XIV.

De rechtsmacht in revisie in strafzaken behoorde aan den judex facti toegekend te worden.

XV.

Vereenigingen, niet als rechtspersoon erkend, hebben recht van petitie.

XVI

Bij afstand van den troon is art. 17 der Grondwet toepasselijk.

XVII.

Ontbinding van de Kamers der Staten-Generaal door de Kroon is geene onderwerping van het geschil aan de beslissing der kiezers.

XVIII.

De vrees van Mrs. Thorbecke en Opzoomer, dat volgens art. 121 al. 2 der Grondwet de wetgever bevoegd zou zijn door met deze Grondwet strijdige wetten hare bepalingen buiten werking te stellen, is niet gerechtvaardigd.

XIX.

Indien de aanslag van coöperatieve winkelvereenigingen, ten onrechte voorgesteld in het ontwerp van wet op de belasting van bedrijfs- en andere inkomsten, aangenomen wordt, zal die bepaling zeker niet ten gunste der winkeliers werken.

ی